Anche la teoria facente perno sull'autonomia della posizione del creditore rispetto a quella del debitore cerca di non pregiudicare l'efficacia nei confronti del creditore degli atti del debitore, e ricorre a tal fine all'idea che « il debitore rappresenta tutti i suoi creditori » (45).

---

di credito; mentre l'aut. cit. limitò i precedenti del nostro istituto al potere, riconosciuto al creditore, di perseguire il terzo mediante giudizii.

Anche questa configurazione del potere surrogatorio è peraltro inadeguata, perchè trascura la differenza strutturale fra un potere esclusivo, ed un potere concorrente con la parallela facoltà del debitore. Ulteriormente, il potere di esigere l'adempimento può accompagnarsi al potere di riscuotere, o ridursi al potere di costringere il terzo ad adempiere nelle mani del debitore. Legittimazione a pretendere, e legittimazione a ricevere, possono essere, a loro volta, esclusive o concorrenti.

Ciò premesso, si deve riaffermare che qualsiasi potere esclusivo spettante al creditore presuppone un *trasferimento* di poteri dal debitore al creditore, e questo trasferimento può essere inquadrato senza ricorrere alla categoria dell'azione surrogatoria. Viceversa, la situazione surrogatoria si accorda bene con un potere *concorrente* del creditore e del debitore.

(45) Con ciò, risulta formalmente invertita la teoria, secondo cui il creditore rappresenta il debitore. Vedi la formulazione in esame nella sentenza della Cass. italiana 17 febbraio 1936, n. 559, cfr. mass. in *Rep. foro it.* 1936, 422, 1.

In dottrina, cfr. in questo senso LAROMBIERE, *Obligations* cit., p. 170 (il quale a p. 198 chiama poi il creditore mandatario del debitore).

CAPITOLO II.

La fattispecie che dà luogo al potere di procedere in via surrogatoria

§ 11. - GENERALITÀ.

La fattispecie (1) costitutiva di quella situazione, per cui il creditore può efficacemente esercitare diritti ed azioni del debitore, consta di elementi che la dottrina tende ad elencare

---

(1) E' controvertibile la proprietà del termine fattispecie, qui adottato per indicare l'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio.

Infatti, spesso si definisce la fattispecie come il complesso di circostanze idonee a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico, e si parla di elementi per indicare le singole circostanze che compongono la fattispecie (vedi, per tutti, RUBINO, *La fattispecie* cit.).

Se questo fosse l'unico significato del termine fattispecie, male si adatterebbe all'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio. Infatti, l'insieme di tali presupposti (com'è intuitivo, e come si vedrà meglio in seguito — oltre, § 17 —) non è idoneo, di per sè, a costituire modificare o estinguere un rapporto giuridico in senso proprio. La rilevanza potenziale dei presupposti in esame diverrà effettiva e concreta solo quando il creditore avrà agito in via surrogatoria. Recipro-

nel seguente modo: un rapporto di credito-debito fra due soggetti; un diritto od un'azione spettante al debitore verso un terzo; la inerzia del debitore; un pregiudizio per il creditore, cagionato da tale inerzia. Talora, a fianco di questi requisiti, si vede menzionato anche l'interesse del creditore, a procedere contro il terzo (2).

Come si vedrà, non è sempre facile individuare le caratteristiche di taluni elementi della fattispecie: si è discusso ad es. se il diritto del creditore debba essere certo, si è detto che l'inerzia del debitore deve esser maliziosa o almeno colposa; ecc. Per risolvere questi dubbii si è fatto ricorso — sopratutto sotto l'impero del cod. civ. abrogato, allorchè queste incertezze erano più numerose e più gravi di quanto non lo

camente, le conseguenze di tale procedimento dipenderanno congiuntamente dall'atto posto in essere dal creditore, e dai suoi presupposti.

Bisogna però aggiungere che la parola fattispecie può indicare una più vasta cerchia di fenomeni.

Innanzi tutto, alcuni autori riconoscono il nome di fattispecie anche agli elementi o gruppi di elementi impeditivi (esplicito ALLARA, *Vicende* cit., p. 128, 129. Egli osserva — esattamente da questo punto di vista — che il contrario della fattispecie impeditiva non è una fattispecie, ma solo un fatto giuridico a efficacia positiva). Ulteriormente, si dà atto che sussistono fattispecie, a cui la norma ricollega l'attribuzione del valore di fattispecie nei riguardi di determinate circostanze di fatto; per cui evidentemente le due distinte « fattispecie » non sono di per sè atte a costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici (ALLARA, *Fattispecie estintive* cit., p. 29; e altrove; così anche altri autori).

Si è ritenuta necessaria questa premessa per legittimare l'uso della parola fattispecie nel testo. Si sarebbe potuto parlare di semplice « fatto », in quanto gli effetti concreti si manifestano solo dopo l'intervento dell'atto del creditore (semprechè l'atto del creditore non abbia per avventura un effetto solo impeditivo). Ma. tutto sommato, il linguaggio adottato in questa trattazione non è privo di tranquillanti precedenti.

(2) Questi elementi vengono talora suddivisi in « presupposti » (statici: i due rapporti fra creditore e debitore, e fra debitore e terzo), e « condizioni » (dinamiche: l'inerzia, il pericolo, e l'interesse); vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 65 e sgg.

La dottrina ammette infatti che anche i presupposti statici (situazioni) si debbano considerare elementi della fattispecie, alla pari con i presupposti dinamici (o avvenimenti). Vedi ad es. ALLARA, *La successione legittima*, Torino 1944-45, lit., p. 48, e in opere successive.

siano oggi — alla ricostruzione del « fondamento » dell'istituto; tanto che si troveranno difficilmente altri istituti, il cui « fondamento » sia stato discusso più diffusamente.

Poichè il pensiero degli interpreti dell'art. 2900 cit. è solitamente impregnato di questa pregiudiziale metodologica, si impone una breve indagine, destinata a sondare i limiti di validità dei risultati ermeneutici tratti dalla ricostruzione del fondamento del potere surrogatorio del creditore.

§ 12. - FONDAMENTO DEL POTERE SURROGATORIO.

Com'è noto, secondo la teoria di gran lunga più diffusa il « fondamento » del potere surrogatorio consiste nella cosiddetta garanzia generica spettante ai creditori sui beni del debitore. In luogo di garanzia generica si leggono anche altre espressioni: responsabilità patrimoniale, pegno generale (1).

Con una certa esagerazione, taluno ha detto che il potere surrogatorio è conseguenza logicamente necessaria della responsabilità patrimoniale del debitore (2) (il che dovrebbe portare alla notevole conclusione che gli ordinamenti che non conoscono il potere surrogatorio — così ad es. il sistema germanico — non conoscono una vera responsabilità patrimoniale del debitore; o che, per lo meno, mancano di logica). Si è anche detto che il potere di esercitare i diritti del debitore è un corollario storico inevitabile del trapasso dal sistema della proprietà collettiva al sistema della proprietà indivi-

(1) L'espressione « gage général » è prevalente presso gli autori francesi, mentre l'espressione pegno generale viene criticata in Italia (le restano fedeli ROCCO, D'AVANZO, e pochi altri). Con l'espressione responsabilità patrimoniale si tende a mettere in evidenza il carattere solo potenziale e ipotetico del vincolo che grava sui beni.

La teoria, che vede nella garanzia generica spettante al creditore il fondamento del potere surrogatorio, è stata di recente approfondita e rinverdita dal BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, in particolare nota 43 a p. 148.

(2) MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 2; GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 26.

duale (3); ovvero, che il principio del procedimento surrogatorio sarebbe connaturale in un sistema di diritto basato non più sul mero individualismo ma su ideali più vasti di solidarietà sociale (4).

Nonostante la vasta diffusione avuta dalla teoria che pone a fondamento del potere surrogatorio la responsabilità patrimoniale del debitore, essa appare insufficiente a spiegare l'esatta portata dell'istituto surrogatorio; e ciò per varie ragioni.

In primo luogo, il concetto basilare della responsabilità patrimoniale del debitore è perfettamente compatibile con una delimitazione massima o minima (quantitativa, qualitativa e cronologica) dell'ambito dei beni coinvolti in questa responsabilità. La stessa formulazione dell'art. 2740 cod. civ. vigente è inidonea a risolvere questi primi problemi, relativi all'oggetto della responsabilità.

Il riferimento ivi contenuto ai beni « presenti » è incompleto: « presenti » in quale momento? nel momento del pignoramento? (e allora non si spiegano gli effetti dell'azione pauliana e dell'atto surrogatorio); in un momento anteriore? e allora qualsiasi vicenda del bene, avvenuta medio tempore, dovrebbe essere ipso iure inopponibile al creditore.

Inoltre, beni che furono del debitore prima che il debito si costituisse possono essere assoggettati alla responsabilità. Così ad es. nell'ipotesi della revocatoria di atto anteriore al sorgere del credito (art. 2901, n° 2, cod. civ.).

Accertato che nè l'art. 2740 cod. civ. nè il concetto di responsabilità patrimoniale gravante sul patrimonio del debitore

---

(3) Vedi questa stravagante affermazione in Huc, *Cession* cit., p. 110 fino a 126: il sorgere della proprietà privata farebbe sorgere l'esecuzione sui beni (in contrapposto alla precedente esecuzione sulla persona); la quale postulerebbe il potere del creditore di esercitare le azioni del debitore (si osservi peraltro che per Huc l'esercizio dei diritti del debitore implica trasferimento forzoso di azione). A buon conto, questo autore, coerentemente, classifica la proprietà romana fra le proprietà collettive.

(4) Masucci, *Azione surrogatoria* cit., loc. cit.

servono a circoscrivere l'oggetto di tale fenomeno giuridico, deve aggiungersi che altrettanto indeterminato risulta altresì (alla stregua del semplice concetto di responsabilità e del semplice dettato dell'art. 2740 cod. civ.) il contenuto della stessa responsabilità. Infatti la responsabilità si può concretare attraverso strumenti tecnici diversissimi, quali: la indisponibilità ipso iure del patrimonio del debitore, l'acquisto ipso iure (da parte del creditore) di un potere di disposizione, il potere di esproprio, il diritto potestativo di costituire garanzie speciali (ad es.: mediante iscrizione di ipoteca), il potere di promuovere vincoli di indisponibilità relativa, la repressione (in sede civile o penale) dell'atto di disposizione compiuto dal debitore, il potere surrogatorio, e così via; l'adozione dell'uno o dell'altro di questi strumenti tecnici può a sua volta essere limitato in ordine ai beni da assoggettare alla misura di garanzia (ad es.: immobili, mobili, ecc.), e può essere sottoposto a condizioni, presupposti, formalità svariatissime. In particolare, si esercitano in via surrogatoria anche poteri sottratti all'esproprio forzato ed al sequestro (5).

Le limitazioni e le condizioni a cui sia sottoposto il potere surrogatorio non possono dunque essere spiegate dal principio della responsabilità patrimoniale.

Ulteriormente, l'estensione della situazione surrogatoria a poteri sottratti all'esecuzione forzata determina una certa asimmetria fra ambito del potere surrogatorio e ambito della garanzia generica spettante ai creditori.

Ciò mostra che la regola della responsabilità patrimoniale non è sufficiente per predeterminare in modo univoco la soluzione dei problemi lasciati aperti dalla lettera della legge in tema di procedimento surrogatorio.

---

(5) Esempio: Tizio ha donato a Caio, mediante negozio annullabile, il fondo Capenate. Successivamente, lo stesso Tizio contrae un debito verso Mevio e in seguito diviene insolvibile. Mevio (secondo l'opinione della dottrina e della giurisprudenza, che estendono l'ambito del potere surrogatorio anche all'azione di annullamento) può chiedere l'annullamento della donazione. Peraltro, il potere di chiedere l'annullamento non è soggetto ad esproprio nè a sequestro.

Supponiamo ad es. che Tizio abbia stipulato che Caio gli trasmetta la proprietà del fondo Capenate e che a sua volta Caio abbia stipulato che Mevio gli trasmetta la proprietà dello stesso fondo. Supponiamo che Mevio non adempia e che Caio (persona solvibile) rimanga inerte. Si pone il problema se Tizio possa cagionare, tramite l'esperimento (ex persona del suo debitore) dell'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., il trapasso della proprietà del fondo da Mevio a Caio. La risposta affermativa assicurerebbe a Tizio il soddisfacimento *specifico* della sua pretesa. La risposta negativa obbligherebbe Tizio ad accontentarsi del risarcimento dei danni che (data la solvibilità di Caio) sarebbe conseguito senza difficoltà (6).

Supponiamo ora che Tizio, creditore pignoratizio, intenda agire contro il terzo, obbligato verso il debitore di Tizio; si domanda se la sussistenza di una garanzia specifica a favore del creditore costituisca un elemento impeditivo del costituirsi del potere surrogatorio (7).

Tanto in un caso quanto nell'altro, il principio generico della responsabilità patrimoniale è impotente a suggerire all'interprete la via per la retta soluzione del problema. Infatti, il principio in esame non dice nulla sulla maggiore o minore tutela del soggetto il quale, pur sapendo garantito « quantitativamente » il proprio credito, tuttavia intenda assicurare il soddisfacimento dell'interesse, qualitativamente specificato, che sottostà al credito, o intenda garantire una capienza del patrimonio del debitore al di là dei limiti connaturati con la garanzia specifica.

In altre parole, il fondamento dell'art. 2900, qualora sia individuato nella responsabilità del debitore o nella garanzia generica spettante al creditore, non è sufficientemente determinato e specifico, per pregiudicare in modo univoco il contenuto della norma.

---

(6) Vedi l'enunciazione di questo problema in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 81 e sgg.

(7) Vedi l'enunciazione del notissimo problema in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 85.

Di ciò non va fatta colpa a questa o quella lacuna dell'art. 2740 cod. civ.; il quale non contiene (e non può contenere) una (più o meno completa) definizione della responsabilità o della garanzia generica. Tale articolo infatti è destinato ad enunciare, più che una norma lacunosa, un semplice rinvio ad altre norme (8). In tanto esiste una garanzia generica, in quanto singole norme, diverse da quella dell'art. 2740, prevedono il potere di esproprio, l'azione revocatoria, ecc. Mi pare anzi di poter dire che non esiste un principo di responsabilità come sintesi delle varie norme sull'esproprio, sul sequestro, sull'azione revocatoria, e così via: esiste semplicemente un termine generico, una categoria generica, a cui si dà il nome di responsabilità patrimoniale, o di garanzia generica, per indicare con termine compendioso i multiformi poteri, e (per chi creda di denominarli così) gli svariati, eterogenei diritti attribuiti al creditore per il soddisfacimento delle sue ragioni (9).

Per conseguenza, non si dirà soltanto che la « responsabilità » del debitore non è sufficiente, a cagione della sua indeterminatezza, a costituire il fondamento dell'art. 2900 cit., ed a illuminarne i punti oscuri. Bisognerà dire altresì che la garanzia generica, essendo null'altro che la sintesi di tutti i poteri spettanti al creditore, concettualmente è un doppione di questi po-

---

(8) Anche BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 125, nota 16, definisce l'art. 2740 come superfluo.

(9) Se è vero quanto detto nel testo, anche il problema della natura processuale o sostanziale della responsabilità si riduce al problema della natura processuale o sostanziale dei *singoli* rimedii apprestati a favore del creditore (vedi lo sviluppo di questa classica polemica in CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit. — per la tesi processualistica —, e in BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, — per la teoria sostanzialistica). Ne deriva anche che l'art. 2740 cit., quale semplice rinvio ad altre norme, non può pregiudicare la natura della responsabilità; ove anche esso dimostrasse « che il legislatore si è consapevolmente orientato verso la concezione che nega un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore » (così NICOLÒ, in *Comm.* SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2741, p. 17, p. 19 nota 1, ecc.), si tratterebbe di un orientamento scientifico e non normativo, come tale non vincolante per l'interprete.

teri, e ne costituisce un posterius logico: come tale, non ne può rappresentare il fondamento (10).

Si potrà domandare, se mai, se il fondamento di altri istituti di responsabilità patrimoniale valga anche come fondamento del potere surrogatorio.

In un certo senso, sembrano aver risposto in modo affermativo a questa domanda coloro che hanno individuato il fondamento dell'azione revocatoria, dell'azione surrogatoria, e del sequestro conservativo, in un elemento costante: l'ingiustizia del comportamento del debitore, che depaupera il proprio patrimonio mediante atti di disposizione, o che per negligenza non lo accresce.

Si noti che in questa sede il termine ingiustizia può assumere due distinti significati: *a*) ingiustizia generica, che, senza concretare una vera antigiuridicità, giustifichi tuttavia un disfavor legis; *b*) ingiustizia come contrarietà ad un dovere giuridico (antigiuridicità in senso tecnico, nelle due sottospecie dell'illiceità e dell'adempimento). A sua volta, il problema dell'antigiuridicità (e, a più forte ragione, il problema dell'ingiustizia generica) del comportamento del debitore non si confonde

---

(10) Per la stessa ragione, sembra impropria l'autorevole affermazione, secondo cui il potere surrogatorio, come il potere revocatorio ed il potere di chiedere il sequestro conservativo, costituirebbero « sintomi » della generica garanzia spettante al creditore.

La teoria esposta nel testo non si può dire confortata dalla dottrina comune; per cui vedi MESSINEO, *Manuale* cit., § 101, p. 50 (che però limita l'ambito della garanzia secondo la misura dell'interesse dei creditori); RUBINO, *Responsabilità patrimoniale* cit., p. 9 e sgg., ecc. Cfr. peraltro, per la concezione atomistica della responsabilità patrimoniale, NICOLÒ, sub art. 2740 cod. civ., prime pagine, soprattutto p. 4.

Fra i sostenitori del diritto di garanzia e del relativo dovere, si distinguono quelli che limitano l'oggetto della garanzia al quantum sufficit (in questo senso, oltre al MESSINEO, op. loc. cit., PINO, *Patrimonio* cit., p. 69 e seg., ed altri meno recenti). Talora il diritto di garanzia è stato negato con argomentazioni che non valgono contro il concetto di un diritto esteso, anzichè a tutto il patrimonio del debitore, al solo tantum quantum sufficit. Si veda ad es. NICOLÒ, sub art. 2900 cit., passim, secondo cui il diritto di garanzia importerebbe un potere del creditore (di agire in revocatoria, surrogatoria, ecc.) indipendente dal requisito del pericolo.

con il semplice problema della risarcibilità del danno cagionato dal debitore o dal terzo con il proprio comportamento; sia perchè è dato talora di trovare obblighi di risarcimento di danni non dipendenti da comportamenti antigiuridici; sia perchè, quando il torto arrecato ad altri consista nel rendersi insolvente, potrebbe eccezionalmente imaginarsi un torto senza obbligo di risarcimento; sia perchè (e su ciò si ritornerà fra breve) l'obbligo di risarcire il danno non è effetto unico nè principale dell'antigiuridicità di un dato comportamento.

Si possono dunque affrontare distintamente i diversi problemi: se il fondamento dell'istituto surrogatorio consista nell'antigiuridicità del comportamente del debitore (e, preliminarmente, se tale comportamento sia antigiuridico); se, una volta accolta la soluzione negativa di questi primi problemi, il fondamento dell'azione surrogatoria possa rinvenirsi in una generica ingiustizia del comportamento del debitore.

Venendo al primo punto (configurabilità dell'inerzia del debitore come comportamento antigiuridico), è noto che la relativa questione è già stata dibattuta in lungo e in largo dalla dottrina, la quale ha parlato, di volta in volta, di un diritto erga omnes del creditore sul patrimonio del debitore, o di un rapporto giuridico personale, intercorrente fra creditore e debitore (accessorio rispetto all'obbligazione principale), in base al quale il debitore avrebbe l'obbligo di rispettare e proteggere l'integrità e la capienza del proprio patrimonio (11).

Nei larghi ed interessantissimi dibattiti dottrinali sopra accennati, sembra che le diverse correnti abbiano fatto uso dei buoni argomenti, che possono essere invocati in favore o contro le due soluzioni, a fronte invertito: o, in altre parole, gli argo-

---

(11) Questa prima definizione grossolana del diritto del creditore erga omnes, o verso il debitore, subisce, da parte degli autori più precisi, due limitazioni: in primo luogo si osserva che il diritto del creditore alla garanzia è proporzionale all'entità del credito garantito (vedi nota prec.); in secondo luogo si osserva che il creditore non ha diritto ad un generico rispetto della garanzia, ma soltanto a quelle specifiche manifestazioni di rispetto che consistono nel non compiere atti fraudolenti, nell'esercitare i diritti verso i terzi, ecc.

menti addotti per le due opposte soluzioni sono facilmente reversibili.

Così, gli autori tendono ad invocare a favore dell'antigiuridicità dell'inerzia del debitore il requisito legale della colposità di tale inerzia (12). Sul momento, si deve accantonare il problema esegetico-normativo relativo a tale requisito (13), che la dottrina richiede sempre, forse per assonanza con il requisito della frode, domandato ai fini dell'azione pauliana (14). Si deve invece rilevare che proprio il requisito della colpa o del dolo starebbe a significare che l'inerzia del debitore non è considerata dal legislatore alla stregua di ogni altro comportamento antigiuridico. In generale, l'antigiuridicità di un comportamento fa sorgere un'azione volta alla cessazione del torto, indipendentemente dallo stato subiettivo di dolo o di colpa dell'agente (15).

---

(12) Ovvero (Cicu, *Obbligazione* cit., p. 97; Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 18) si invertono i termini del ragionamento per affermare che, l'inerzia potendo essere incolpevole, tale regolamento dell'inerzia stride con la figura legale dell'inadempimento. Come si vede, il legame fra requisito della colpa e qualifica di antigiuridicità viene chiaramente affermato anche dagli autori citati.

Il Cicu ammette peraltro che «la difficoltà non sarebbe insuperabile, poichè si potrebbe ritenere che nel caso nostro, come in altri casi, non sia sufficiente la mancanza di colpa per esonerare il debitore dall'adempimento dell'obbligazione».

(13) Come si vedrà oltre, § 14, la legge non parla di colpa (del resto, lo stesso requisito dell'inerzia non costituisce un elemento autonomo della fattispecie in esame, vedi lo stesso §).

(14) Vedi, per l'originaria identità delle due azioni pauliana e surrógatoria speciale non corcursuale, retro, § 9. La colposità dell'inerzia del debitore non fu mai richiesta per la proposizione dell'eccezione surrogatoria concursuale. Sulla mancanza della eadem ratio nelle due diverse ipotesi del procedimento surrogatorio e revocatorio vedi oltre, § 14. Vedi ivi anche una documentazione sull'atteggiamento della dottrina in ordine al problema.

(15) La dottrina tende ad assegnare alle azioni, con cui si chiede che il convenuto receda dal comportamento antigiuridico, il ruolo di cenerentole del diritto privato. Una nota polemica in tema di azione negatoria servitutis ha messo in luce che autori, anche valorosissimi, soffermano la loro attenzione esclusivamente sulle azioni di accertamento e sulle azioni di risarcimento danni, trascurando l'esistenza di un'azione per la cessazione dell'esercizio abusivo (vedi questo rilievo in Deiana, *Alcune considerazioni* cit.). L'azione per la cessazione è

Il dolo o la colpa sono richiesti esclusivamente ai fini del risarcimento dei danni (16).

Sul fronte opposto, si tende a negare l'antigiuridicità del comportamento del debitore inerte, in quanto la legge non commina per tale ipotesi alcuna sanzione di risarcimento di danni (17).

Anche qui, si potrà ricordare: che la sanzione tipica dell'antigiuridicità di un dato comportamento consiste essenzialmente nella repressione del torto obbiettivamente considerato; e che, una volta che si ricavi dalla comminatoria della repressione l'illiceità di un certo comportamento, l'obbligo del risarcimento dei danni come sanzione ulteriore deriverà dai principii generali chiaramente espressi dalla legge (rimanendo subordinato, naturalmente, all'esistenza del dolo o della colpa) (18).

A questo punto, qualcuno potrà osservare che il danno derivante al creditore dall'inerzia del debitore è in dipendenza

---

invece studiata largamente dai cultori dei diritti sui beni immateriali.

Sull'indipendenza delle azioni per l'adempimento delle obbligazioni dalla colpa del debitore cfr. brillantemente Mengoni, *Obbligazioni* cit., soprattutto pp. 25 fino a 49. Nello stesso ordine di idee Cottino, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione* ecc., Milano 1955.

(16) Le legge è esplicita in numerosi casi, di cui ricorderò: articoli 2599 e 2600 cod. civ.; artt. 7, 9, 949, 2° co., cod. civ. confrontati con l'art. 2043 cod. civ.; artt. 156 e sgg. della legge sui diritti di autore, ecc.

Tutto ciò vale in tema di torto aquiliano. La responsabilità per adempimento tende ad un carattere più oggettivo (su questo grave problema vedi ancora Mengoni, *Obbligazioni* cit., e ivi un quadro completo delle fonti e della dottrina).

(17) Cfr. ad es. Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 19.

(18) Gli schemi adottati nel testo sono pacifici quando l'antigiuridicità consiste nella violazione di un rapporto assoluto. Chi volesse riferirsi alla violazione di un rapporto obbligatorio dovrebbe procedere più cautamente, perchè i nessi logici fra inadempimento, colpevolezza e responsabilità, e così i distinti presupposti dell'azione per l'adempimento e dell'obbligo di risarcimento, non sono chiari nel codice e sono meno famigliari alla dottrina (da ultimo in Mengoni, op. ult. cit., soprattutto p. 25 fino a 49, si mette in chiaro che la colpa contrattuale non funziona come presupposto della responsabilità, e che parallelamente l'assenza di colpa non è sufficiente a liberare il debitore).

dall'insolvibilità del debitore stesso, per cui una pretesa al risarcimento non avrebbe pratica possibilità di avvantaggiare il creditore; che, anche nel caso speciale in cui il danno cagionato dall'inerzia non consista nell'aggravarsi dell'insolvenza del debitore (19), esso coincide esattamente con il danno derivante dall'inadempimento del rapporto principale, per cui non si possono configurare due obblighi autonomi di risarcire i danni cagionati dall'una e dall'altra fattispecie; che, anche ove si volesse passare sopra alle considerazioni precedenti, il danno arrecato dal debitore con la sua inerzia non potrebbe fondare una lagnanza del creditore, il quale, ai sensi dell'art. 1227, 2 co., e 2056 cod. civ., dovrebbe imputare a sè di non aver proceduto in via surrogatoria, per impedire gli effetti nocivi dell'inerzia.

Se tutte queste considerazioni fossero calzanti, ne uscirebbe ulteriormente svalutato l'argomento che si suole trarre dal silenzio del codice in punto risarcimento danni, per inferirne la non contrarietà al diritto dell'inerzia del debitore. Se fosse lecito affermare apoditticamente che, nella nostra specie, i danni non possono esistere, oppure che essi non sono risarcibili secondo i principii generali, si arriverebbe de plano alla conclusione che l'inesistenza di un dovere di risarcimento di danni non prova nulla nè pro nè contro la obiettiva antigiuridicità dell'inerzia del debitore.

Però, a ben guardare, l'imposizione al debitore inerte di un autonomo obbligo di risarcire i danni cagionati dall'inerzia non sarebbe senza una portata pratica, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, tale obbligo di riconoscimento potrebbe essere assoggettato ad un termine di prescrizione autonomo (ad es.: quando all'obbligazione principale si applichi una prescrizione breve; oppure, quando l'obbligo secondario di risarcimento sorga in un momento successivo a quello, in cui è scaduta l'obbligazione principale).

(19) Es.: Tizio solvibile deve a Caio il fondo Capenate, ma trascura di trascrivere il proprio titolo di acquisto, cosicchè il fondo rischia di finire in mani di terzi.

In secondo luogo, non è detto che il dovere di risarcire i danni cagionati dall'inerzia manchi di ogni attitudine a proteggere il creditore, perchè il debitore sarà per definizione insolvibile: invero, il patrimonio responsabile per i danni cagionati dall'inerzia non sarebbe necessariamente quello responsabile per l'inadempimento del debito principale. Si faccia il caso di colui che deve una somma, quale titolare di un patrimonio separato privo di personalità giuridica; e che, con la cattiva gestione di tale patrimonio, ne procuri o ne tolleri una decurtazione. In quanto lo si consideri tenuto in proprio al rispetto della garanzia generica assicurata dalla legge ai creditori (20), tale dovere sarà garantito dal suo intiero patrimonio, e non, dal solo patrimonio separato.

Oppure si imagini che il debitore di 100, rendendosi insolvibile, faccia scemare a 50 il valore del credito; che a questo punto il creditore alieni per 50 il credito, e che successivamente il creditore riacquisti casualmente la propria originaria solvibilità. In quanto si consideri illecita la sua cattiva gestione, egli dovrà 100 al cessionario, quale titolare del credito principale, e 50 al cedente quale soggetto danneggiato dall'illecito.

Infine si ricordi che non può imputarsi al creditore, ai sensi degli art. 1227, 2° co., e 2056 cod. civ., il mancato ricorso all'art. 2900 cit., sia perchè la sua colpa non sarebbe diversa e maggiore di quella, ad es., di un comune avente diritto, il cui danno si sia accresciuto per il ritardo con cui egli ha proposto l'azione; sia perchè molte volte il creditore che non agisce ex art. 2900 cit. sarà giustificato dalla mancata disponibilità del materiale probatorio necessario ad ottenere la condanna del terzo, o da circostanze analoghe.

(20) Questa condizione si verificherà tanto se si configura il rispetto della garanzia come un dovere assoluto (a carattere negativo, poichè non è concepibile un dovere generale di tutti i consociati di svolgere un'attività positiva rivolta alla salvaguardia del patrimonio del debitore: cosicchè solo l'atto fraudolento, ma non l'inerzia, potrà costituire violazione del dovere assoluto); quanto se lo si configuri come un dovere relativo, a carattere misto (negativo e positivo) posto a carico dell'obbligazione, e non nei limiti del solo patrimonio separato.

Tutto ciò premesso, l'accertamento della qualificazione dell'inerzia del debitore come legalmente indifferente o come antigiuridica deve procedere tenendo conto di tre fenomeni:

1°) Il legislatore, se anche concede al creditore l'efficacissimo rimedio di cui all'art. 2900 cod. civ., non gli attribuisce invece un'azione per costringere il debitore a perseguire il terzo (21). Ciò premesso, sembra che l'antigiuridicità dell'inerzia del debitore dovrebbe importare la concessione al creditore di una simile azione ad debitorem compellendum (e non, l'attribuzione del solo potere surrogatorio). Infatti, la concessione al creditore di un potere di ingerenza nelle azioni e nei diritti del debitore non presuppone ancora necessariamente una valutazione legale sfavorevole del precedente comportamento del debitore; mentre tale valutazione sarebbe probabilmente implicita in una norma che regolasse la condanna del debitore inerte ad agire (e, nel contempo, ad adempiere agli oneri di spesa, di esibizione, di produzione, ecc. connessi con l'azione), e autorizzasse il creditore affinchè, in difetto, proceda e disponga dei mezzi di prova e titoli di legittimazione del debitore, a tal fine spendendo il denaro di quest'ultimo.

2°) Se il presupposto logico del potere surrogatorio fosse l'antigiuridicità dell'inerzia, l'inerzia lederebbe un diritto del creditore, e non già, del debitore stesso. La riparazione del

(21) Incontestabilmente, il rimedio di cui all'art. 2900 cod. civ. sarà normalmente più efficace dell'azione ad compellendum debitorem ut agat, o ut adquirat. Storicamente, come si è visto a suo tempo, la surrogazione-trasferimento costituì il perfezionamento di una precedente azione ad compellendum debitorem (azione di cui ci parlano ACOSTA, COQUILLE, LOUET e BRODEAU, ecc.; vedi retro, p. 53 e seg., in nota). Peraltro, la piena tutela del creditore si realizzerebbe solo se lo si lasciasse libero di scegliere fra la via surrogatoria (più rapida ed efficace, ma imbarazzante perchè non pone a sua disposizione i titoli di legittimazione ed i mezzi probatori che si trovano in mano del debitore, ed inoltre pone a suo carico gli oneri del procedimento — su tale punto vedi oltre, capitolo III —) e l'azione ad compellendum debitorem (che gli consentirebbe di chiedere al debitore di esibire i mezzi di prova, e di sobbarcarsi preventivamente tutti gli oneri connessi con il procedimento da instaurare contro il terzo).

torto dovrebbe consistere in una reintegrazione della garanzia generica spettante al creditore, e non, nella reintegrazione del patrimonio del debitore. E' noto invece che, mentre l'azione revocatoria mira soltanto ad assoggettare il bene, che ha formato oggetto dell'atto di disposizione, all'azione esecutiva del creditore procedente (senza per questo ritrasferire il bene nel patrimonio del debitore), viceversa l'atto surrogatorio avvantaggia il creditore procedente solo in tanto, in quanto abbia locupletato o conservato il patrimonio del debitore.

3°) L'art. 491 cod. civ. stabilisce che « l'erede con beneficio d'inventario non risponde dell'amministrazione dei beni ereditarii se non per colpa grave ».

Poichè l'erede beneficiario è indubbiamente debitore dei creditori ereditarii (22), bisogna ricercare se l'articolo cit. abbia voluto riservargli un trattamento di favore (come sembrerebbe dalla formulazione della norma), o di maggior rigore, rispetto ad ogni altra figura di debitore.

Si potrebbe cioè congetturare che ogni debitore risponda verso il creditore per la cattiva amministrazione del proprio patrimonio; che tale responsabilità, peraltro, rimanga localizzata nello stesso patrimonio su cui grava l'obbligazione principale; che eccezionalmente l'erede beneficiario risponda con tutto il proprio patrimonio per l'amministrazione del patrimonio ereditario; che, per rendere meno gravosa questa eccezionale responsabilità, si sia introdotto il temperamento della colpa grave.

Più probabilmente, però, la norma di cui all'art. 491 cod. civ. deve trovare un'altra spiegazione. Poichè l'erede beneficiario, *a differenza di ogni altro debitore,* può non avere alcun interesse a bene amministrare il patrimonio separato di cui è titolare (23), il legislatore ha dovuto introdurre a carico dell'erede

(22) A soluzione diversa si giungerebbe, se si dovesse scegliere la teoria (oggi senza seguito e quasi dimenticata), secondo cui l'eredità beneficiaria sarebbe persona giuridica.

(23) Egli avrà interesse a bene amministrare solo quando l'eredità sia, o possa divenire, attiva. Si noti che un fenomeno non molto diverso potrà verificarsi anche a proposito di altri patrimonii separati; tanto

un obbligo eccezionale di buona gestione, così come gli ha imposto un obbligo eccezionale di rendiconto (art. 496 cod. civ.), e così come ha aumentato in modo eccezionale i poteri di controllo dei creditori (cfr. ad es. art. 496 cit., artt. 500, 498, 1° co., cod. civ.; ecc.). Si noti, del resto, che l'art. 491 cod. civ. pone a carico dell'erede beneficiario un obbligo generale di buona amministrazione, e non, un semplice obbligo di esercitare i diritti, di astenersi da atti pregiudizievoli di disposizione, ecc., quale sarebbe argomentabile dagli artt. 2900 e sgg. (24).

Si deve dunque concludere che l'art. 2900 cod. civ. non trova il suo fondamento nell'antigiuridicità del comportamento del debitore inerte.

Si potrebbe allora pensare di individuare il fondamento del potere surrogatorio non già nell'antigiuridicità propriamente detta, ma in una generica ingiustizia del fatto del debitore, ossia, per tenersi su un terreno più ancorato alla norma, in un generico sfavore per l'inerzia. E' ovvio che, contro la teoria del generico sfavore per l'inerzia, non si potrà obbiettare la mancata concessione al creditore dell'actio ad compellendum debitorem ut adquirat.

Tuttavia, se le generica antisocialità dell'inerzia fosse il fondamento della norma di cui all'art. 2900, si potrebbe daccapo trovare assai strano che il debitore beneficii, non meno del creditore, dell'esperimento della surrogatoria: se quest'ultimo, mediante l'esercizio dei diritti del debitore, aumenta le probabilità di soddisfacimento del suo credito, è però vero che il debitore, come conseguenza normale di tale esercizio, vede addirittura aumentato il proprio patrimonio.

Per eliminare questa divergenza tra la finalità meramente sanzionatoria dell'istituto, ed il concreto effetto (vantaggioso anche per il debitore) dell'atto del creditore, bisognerebbe ulterior-

---

che la dottrina germanica si è domandata se in generale il titolare-amministratore di patrimonio separato, *a differenza di ogni altro titolare di beni*, risponda verso i terzi per l'amministrazione (sul punto vedi, per la negativa, PINO, *Patrimonio* cit., p. 44, e ivi bibliografia).

(24) Per un ulteriore argomento, addotto dal NICOLÒ contro la pretesa antigiuridicità dell'inerzia del debitore, vedi retro nota 10.

mente ripiegare su un fondamnto diverso, mettendo l'accento sul semplice *dovere sociale* del debitore, anzichè sulla *violazione di questo dovere sociale*. In altre parole, il danno cagionato al creditore dall'inerzia del debitore matura col compimento della decadenza o prescrizione del diritto, che il debitore non ha fatto valere. Prima di tale istante, è più facile parlare di un dovere (sociale) del debitore, di esercitare il diritto, che non di una antidoverosità (sia pure solo sociale) dell'inerzia. La situazione è paragonabile a quella derivante da un obbligo non scaduto: in tale fase la tutela del creditore si giustifica in base all'obbligo stesso, ma non, alla sua violazione (che ancora non ha avuto luogo) (25).

A sua volta, la presenza del dovere sociale di cui sopra come fondamento dell'istituto sembra indimostrabile. Essa postula che l'art. 2900 cod. civ. si occupi in una certa misura del comportamento del debitore, e lo faccia oggetto di una valutazione; il che, come si vedrà (oltre, § 14), è inesatto (26). Se poi questo dovere sociale dovesse proprio configurarsi (contro ogni argomentazione finora esposta) come il fondamento dell'art. 2900 cod. civ., questa nozione non sarebbe feconda di alcun corollario: perchè non servirebbe ad illuminare nemmeno uno dei problemi interpretativi, suscitati dalla lettura dell'articolo 2900 cit.

Nè i risultati sembrano migliori quando si individui il fondamento del potere surrogatorio nel diritto del creditore

---

(25) Si osservi che nello stesso istante in cui si concreta il danno per il creditore, questi perde il potere di procedere in via surrogatoria, perchè le pescrizioni, le decadenze, ecc., sono opponibili nella identica misura al debitore ed al creditore.

(26) In dottrina non manca un'opinione, isolata ma autorevole, che, nel ricostruire il fondamento del potere surrogatorio, trascura l'inerzia del debitore per soffermarsi esclusivamente sulla prevenzione del danno futuro e sul fine di assicurare la futura attuazione del diritto di credito (NICOLÒ, sub art. 2900 cit., n. 3).

Accolto il punto di vista dell'aut. cit., sussisterebbe peraltro un divario fra il fondamento dell'istituto (che farebbe perno sul solo pericolo) e la fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio (poichè la fattispecie comprenderebbe, oltre al pericolo, anche l'inerzia del debitore).

di procedere all'esecuzione od agli atti conservativi (27). Dal diritto all'esecuzione, ecc. non discende affatto, come conseguenza logicamente necessaria, il potere di preparare tale procedimento con atti di esercizio dei diritti del proprio debitore (tanto è vero che la maggior parte delle legislazioni attuali e storiche, pur ammettendo il diritto all'esecuzione, ignorano l'azione surrogatoria). Il diritto all'esecuzione *rende possibile* al legislatore l'introduzione dell'istituto di cui all'art. 2900 cit., ma non spiega affatto le numerose condizioni e requisiti, a cui il legislatore subordina il concreto sorgere del potere surrogatorio.

La povertà di risultati dell'indagine in esame è dovuta, innanzitutto, a questo errore di prospettiva: all'aver creduto alla unicità del fondamento di ogni istituto giuridico.

Frequentemente, il fondamento degli istituti è plurimo. Nel nostro caso, il potere del creditore ha un certo fondamento (che si chiamerà interesse del creditore a che il patrimonio del debitore venga vincolato ad una funzione di garanzia, o in modi equivalenti), e le limitazioni a questo potere (limitazioni ottenute moltiplicando i requisiti della fattispecie, contenendo l'ambito entro il quale può operare il potere surrogatorio, ecc.) hanno un fondamento opposto (che generalmente viene individuato, con ragioni più o meno plausibili, nell'interesse del debitore alla libera disponibilità del proprio patrimonio).

Una indagine più accurata dovrebbe riconoscere, nell'ambito degli interessi tutelati o sacrificati dall'istituto surrogatorio, una molteplicità di coefficienti paralleli ed opposti.

In primo luogo, un interesse tutelato dall'art. 2900 cod civ. è l'interesse del creditore, a che il patrimonio dél debitore au-

(27) E' questa la nota, lucidissima teoria del CICU, *Obbligazione* cit., p. 99. La caratteristica del pensiero dell'illustre autore è questa: che egli afferma sì il dovere del debitore, di rispettare la garanzia del creditore; ma ritiene altresì che questo dovere costituisca il fondamento della sola azione revocatoria, e non, del potere surrogatorio (vedi anche p. 32 e sgg. dell'op. cit.).

menti e non diminuisca. Questo interesse, di per sè, potrebbe suggerire al legislatore l'attribuzione al creditore di poteri anche più lati di quelli previsti dall'art. 2900 cod. civ.

A stretto rigore, peraltro, il creditore ha interesse non tanto all'aumento del patrimonio del debitore, quanto all'aumento degli elementi patrimoniali assoggettati alla garanzia generica (a chiunque spettino tali elementi patrimoniali: al debitore, o ad un terzo). Il legislatore, se avesse voluto tutelare unicamente l'interesse del creditore, l'avrebbe fatto con il mezzo più economico; ossia, avrebbe assoggettato i beni ricuperati o conservati (dal creditore mediante procedimenti istituiti contro i terzi) al potere di esproprio dello stesso creditore.

Per spiegare come l'efficacia dell'atto surrogatorio esorbiti rispetto all'interesse dello stesso creditore, bisogna mettere in luce un ulteriore interesse sottostante alla norma.

L'individuazione di questo ulteriore interesse può lasciare da principio perplessi, poichè si possono seguire due diverse tracce:

a) si potrebbe pensare ad un interesse pubblico a che il patrimonio del debitore coincida nella più larga misura possibile con la sfera patrimoniale assoggettata alla garanzia generica;

b) si potrebbe pensare, viceversa, ad una protezione dell'interesse del debitore, a cui conviene di poter recuperare o conservare i beni, per l'acquisto ed il mantenimento dei quali si è adoperato il creditore.

Questi due distinti interessi possono essere ricompresi entrambi in una ulteriore formulazione, che può essere espressa così:

c) una volta che il creditore abbia esperito un procedimento contro il terzo, il debitore ha un interesse a potersi giovare dei benefici di questo procedimento. Sussiste del pari un interesse pubblico a che il debitore possa giovarsi degli atti del creditore, in quanto, esonerandolo da un ripetuto espe-

rimento dello stesso procedimento, si ottiene una preziosa economia di atti e di giudizi (28).

Così individuato un primo interesse del debitore, si deve mettere in luce un secondo interesse, facente capo del pari al debitore, a che il creditore non possa incidere mediante un proprio comportamento sui rapporti intercorrenti fra lo stesso debitore ed il terzo. Questo interesse non ha un diretto contenuto patrimoniale. Esso può acquistare un peso patrimoniale solo quando l'atto del creditore, rivelando l'insolvibilità del debitore, determini conseguenze sfavorevoli sui rapporti di affari del debitore.

Tradizionalmente, sono stati messi in evidenza dalla dottrina soltanto gli interessi facenti capo al creditore ed al debitore.

Ma l'indagine attorno agli interessi in gioco deve condurre a mettere in evidenza soprattutto la posizione del terzo. Questi è il vero controinteressato all'efficacia dell'atto posto in essere dal creditore.

Si può discutere se l'interesse del terzo sia degno di protezione, poichè il terzo specula semplicemente sui vantaggi

---

(28) Qualche autore, anche valoroso, ha detto che il creditore agisce « in danno del debitore » (per tutti CLAPS, *Natura giuridica* cit., p. 562). Quest'affermazione è manifestamente inesatta.

Si supponga ad es. che il creditore interrompa, procedendo in virtù dell'art. 2900, una prescrizione che sta per nuocere al debitore. Il vantaggio del creditore, per ora, è solo potenziale; quello del debitore è immediato. Se il creditore non operasse in tempo, il debitore perderebbe il diritto soggetto a prescrizione senza per questo liberarsi del suo debito verso il creditore. Quando anche il creditore agisca in via esecutiva sul diritto, la cui prescrizione è stata interrotta, il debitore troverà questo succedersi di circostanze (conservazione del diritto; perdita forzosa del diritto; estinzione di una propria passività mediante il ricavato) più vantaggioso di ciò che sarebbe avvenuto senza l'iniziativa del creditore (si sarebbe estinto il diritto verso il terzo; sarebbe rimasto in vita il debito verso il creditore).

Quanto al creditore, spesso egli gode di un beneficio inferiore a quello da lui arrecato al debitore, perchè il bene da lui conservato o recuperato al debitore può essere aggredito da qualsiasi altro creditore (su ciò vedi oltre, capitolo III della presente trattazione).

che gli cagiona l'inerzia del debitore, e cerca di ottenere da questa inerzia un lucro non giustificato.

Ma bisogna pur tener presente che l'interesse del soggetto passivo di un rapporto, a che il rapporto non sia fatto valere da un estraneo, è tutelato dal principio fondamentale, secondo cui titolarità e potere di disposizione di un diritto si accompagnano di norma l'una all'altro: il riconoscimento della preminenza di questo interesse costituisce un cardine del diritto privato, così radicato che in molte legislazioni lo stesso procedimento surrogatorio è, in via di principio, escluso (29).

Ulteriormente interessati agli effetti del procedimento surrogatorio sono i concreditori: purchè la legge li ammetta a beneficiare dei risultati dell'atto compiuto in via surrogatoria, il loro interesse è perfettamente solidale con quello del creditore agente e con quello del debitore principale.

Se è vero quanto detto fin qui, non c'è dubbio che il fondamento dell'istituto surrogatorio può essere plurimo e complesso: che esso può identificarsi, cioè, non già nell'interesse di uno dei soggetti (supponiamo: il creditore; o il debitore), ma nel contemperamento fra i diversi interessi in gioco.

La ricerca del fondamento viene così a spostarsi dall'ambito delle singole situazioni facenti capo a questo o quel soggetto (garanzia spettante al creditore; comportamento del debitore; e così via) alla valutazione legale comparativa delle diverse situazioni che debbono essere armonizzate (spettanza del rapporto al debitore; garanzia generica tendenzialmente operante a favore del creditore; affidamento prestato dal debitore e dai concreditori all'efficacia degli atti posti in essere dal creditore agente; ecc.).

Per conseguenza, l'invocazione del fondamento del nostro istituto non sarà mai decisiva per la buona soluzione di un problema esegetico pratico. Ogni lacuna della legge, ogni dubbio che si affacci all'interprete, potranno essere colmati o risolti in modi opposti a seconda che si invochi la tutela di un inte-

---

(29) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 77, definisce questo interesse del terzo come un « interesse di mero fatto ».

resse, o la protezione dell'interesse opposto. La legge, in via di principio, tende a contemperare la protezione dei varii interessi in gioco. Perciò l'interprete, nel risolvere i problemi esegetici, non si limita ad allegare quale sia l'interesse da tutelare, ma prova e dimostra quale sia l'interesse effettivamente tutelato. Questa dimostrazione deve essere ottenuta ed offerta con i consueti mezzi ermeneutici (storico, sistematico, ecc.).

Se poi si domandasse se per «fondamento di un istituto» si debbano intendere (come ho fatto finora) gli interessi sottostanti alla norma, o, viceversa, la valutazione legale di questi interessi, o, ancora, il fatto da cui sorge la particolare dignità di protezione di un interesse dato, si dovrebbe dare la risposta che segue.

In tema di potere surrogatorio, il valore del termine «fondamento» non è costante presso i diversi scrittori (30).

Se, ad es., si dice che il «fondamento» del potere surrogatorio è dato alla destinazione del patrimonio del debitore a garanzia del credito, questa affermazione può tradursi nelle tre diverse formulazioni che seguono:

a) Il legislatore, perseguendo tendenzialmente la destinazione del patrimonio del debitore alla garanzia del credito, ricorre a svariati mezzi tecnici, di cui uno è il potere surrogatorio, attribuito (con maggiori o minori limitazioni) ai creditori. In questa prima formulazione, la destinazione del patrimonio del debitore non si confonde con le singole norme positive, ma ne costituisce lo scopo tendenziale (fondamento razionale secondo la classificazione del Bosc) (31).

b) Il legislatore sancisce la potenziale destinazione dei beni del debitore alla garanzia del credito, concretando tale

(30) Talora un unico autore ha cura di contrapporre ordinatamente varii tipi di «fondamento»: ad es., il fondamento razionale e il fondamento giuridico (corrispondenti rispettivamente alla ratio della norma, ed al principio di diritto applicato dal legislatore della norma concreta). Vedi sul punto Bosc, in *Etude* cit., p. 41 e sgg.; secondo questo autore, il fondamento giuridico coinciderebbe a sua volta con la natura giuridica dell'istituto.

(31) Vedi nota precedente.

destinazione in una norma perfetta, la quale non attribuisce ancora al creditore alcun potere surrogatorio. Peraltro, la norma in esame mette in evidenza che l'interesse del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore è giuridicamente apprezzabile. Questa valutazione dell'interesse del creditore apre ulteriormente la via all'attribuzione del potere surrogatorio al creditore.

c) Il legislatore sancisce la destinazione dei beni del debitore alla garanzia del credito. Tale precetto costituisce una norma perfetta, di cui il principio surrogatorio è un'applicazione necessaria e consequenziale. O, in altre parole, il potere surrogatorio è implicito nella destinazione dei beni del debitore alla garanzia come il particolare è contenuto nel generale. In quest'ultima formulazione, si intende come «fondamento» dell'azione surrogatoria una norma più generale, che, a rigore, rende persino inutile l'art. 2900 (32).

In conclusione, per fondamento dell'istituto si può intendere: tanto la regola generale, di cui l'istituto è un'applicazione concreta; quanto la ragione dell'istituto.

Ma non mancano ulteriori modi (ben diversi dai precedenti) di intendere il fondamento di un istituto.

Così ad es. quando si dice che «il fondamento giuridico speciale della revocatoria è il delitto... se il terzo fu di mala fede» (33), che «la revoca trova il suo fondamento in un illecito del debitore» (34), o quando si dice che «il possesso,

(32) La parola fondamento assume frequentemente questo significato fra i giuristi. Così ad es. quando si dice che il fondamento dell'irrilevanza della riserva mentale non riconosciuta in materia di atti tra vivi sta nel principio dell'affidamento; che il fondamento degli effetti del matrimonio putativo sta nella irretroattività di massima della sentenza di annullamento di matrimonio, ecc.

(33) Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, n. 261. Il lettore sa che per l'autore cit. il fondamento generale delle azioni revocatoria e surrogatoria è la garanzia gravante sul patrimonio del debitore; ma qui interessa la frase riportata fra virgolette non tanto come specifico indice del pensiero del Giorgi, quanto come esempio del vario valore del termine «fondamento».

(34) Così riassume la «tesi tradizionale» il Satta, a p. 150 delle *Istituzioni diritto fallimentare* cit.

e non già il titolo, è il fondamento dell'acquisto mobiliare *a non domino* » (35), affiora un nuovo significato della parola « fondamento », che può venire ridotto:

d) alla fattispecie (o al fatto costitutivo della stessa);

e) a quegli elementi della fattispecie i quali costituiscano (da un punto di vista di buona politica legislativa, o in base alla tradizione storica, al diritto naturale, al diritto comparato, ecc.) la giustificazione principale e quasi assorbente delle conseguenze che la norma riconnette alla fattispecie;

f) ad una qualificazione del fatto o degli elementi prerato ecc.) la giustificazione principale e quasi assorbente delle norma alla stessa fattispecie.

Questa ambiguità del termine « fondamento » non manca di creare qualche malinteso fra gli studiosi.

Così ad es., se la concezione dell'azione surrogatoria come fondata sulla repressione di un'*ingiusta* inerzia del debitore viene criticata perchè l'art. 2900 non sembra applicare nè i criterii espressi nell'art. 1218, nè quelli di cui all'art. 2043 (36), questa critica è perfettamente valida contro una configurazione della surrogatoria come semplice applicazione deduttiva degli artt. 1218 o 2043 cod. civ. (37), ma non varrebbe contro chi vedesse nella antisocialità, nella ingiustizia in senso non giuridico del comportamento del debitore la generica ratio di una norma volta a tutelare il creditore coll'espediente della legittimazione surrogatoria all'esercizio del diritto.

Così, per fare un ulteriore esempio, si è sostenuto, sotto il codice abrogato, che, non avendo il creditore bisogno alcuno di una preventiva autorizzazione giudiziale per agire in surro-

---

(35) Ad es. MENGONI, *Acquisto* cit., p. 143, che contrappone un « momento fondamentale della fattispecie » agli elementi solo qualificativi del precedente. Cfr. ivi « l'acquisto... si fonda sul possesso ».

(36) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 19.

(37) Si noti per inciso che, se l'azione surrogatoria avesse soltanto il valore di una piatta applicazione concreta dell'art. 2043, l'interprete dovrebbe essere in grado di desumere dalla stessa norma generica sugli atti illeciti la legittimazione surrogatoria del creditore; sì che l'art. 2900 dovrebbe essere superfluo.

gatoria, l'azione di cui all'art. 1234 cod. civ. non poteva essere un'applicazione del principio dell'esecuzione forzata delle obbligazioni di fare, contenuto nell'art. 1220 (38). Tale ragionamento non avrebbe valore contro chi sostenesse che il principio ispiratore comune degli artt. citt. fosse l'opportunità di sopperire mediante un apparato coercitivo, affidato al creditore, alla inerzia obbiettivamente antigiuridica del debitore.

Ciò premesso, la ricerca di un « fondamento come norma, di cui l'art. 2900 sia un'emanazione », così come la ricerca di un « fondamento-fattispecie », o di un « fondamento, come elemento chiave della fattispecie », o di un « fondamento come qualifica legale del fatto », presuppone la ricostruzione del contenuto dell'art. 2900, e del principio positivo che in esso si è concretizzato. In altre parole, la ricerca del fondamento in questo senso è successiva all'esegesi, e viene portata a compimento quando ormai l'interprete ha adempiuto a tutti i suoi compiti (39). Per conseguenza, l'accertamento del fondamento diviene una induzione da norma già nota anzichè modo di ricerca di una norma ignota.

Dopo le considerazioni esposte sopra, non si può dar torto a chi ha negato che le ricerche sul fondamento del potere

---

(38) Così CICU, *Obbligazione* cit., p. 96 e sgg.; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 41. L'art. 1220 appare oggi alquanto modificato nella sostanza: cfr. il corrispondente art. 2931 cod. vigente.

Si noti però che, anche in questo caso, l'art. 1234, come il corrispondente art. 2900 del cod. vigente, e come già il precedente art. 1166 code Nap., non esclude esplicitamente il requisito dall'autorizzazione giudiziale. Se l'interprete dovesse desumersi aliunde che il fondamento dell'azione surrogatoria consiste nel principio di cui all'art. 1220 cod. abr. (art. 2931 cod. vigente), diverrebbe fatale la riesumazione della vecchia teoria secondo cui l'autorizzazione giudiziale è un presupposto indefettibile del procedimento surrogatorio.

(39) Così ad es. gli autori deducono: che il fondamento del potere surrogatorio non consiste nel potere di ottenere la coercizione degli obblighi di fare, dalla circostanza che il procedimento di cui all'art. 2900 non presuppone un'autorizzazione giudiziale; che il fondamento del potere surrogatorio non consiste nella illiceità dell'inerzia del debitore, dall'assenza di un obbligo di risarcimento di danni, imposto al debitore inerte, ecc.

surrogatorio siano proficue. Giustamente si è osservato (a proposito del cosiddetto fondamento giuridico, contrapposto al fondamento razionale) che, quando la norma è oscura, la sua oscurità renda dubbio e di difficile accertamento il principio, di cui la norma costituisce un'emanazione (40). Questa osservazione deve essere applicata anche al cosiddetto fondamento razionale, allo scopo della norma, ed a qualsiasi altro riflesso razionale o sociologico della norma. La osservazione ora espressa deve essere integrata dalla sua reciproca: quando la norma è chiara, la ricerca sul fondamento della stessa è superflua ai fini dell'interpretazione.

§ 13. - Il rapporto fra il soggetto procedente e il titolare del diritto o dell'azione esercitati.

Questo elemento delle fattispecie diede luogo a discussioni non appena scomparvero le vecchie teorie sulla necessità del titolo esecutivo e della surrogazione giudiziale (vedi retro § 10). Per influsso storico della superata concezione esecutiva del procedimento surrogatorio, o per un generico fine di protezione del debitore dalle eccessive ingerenze del creditore, la giurisprudenza e la dottrina francese chiedono che il soggetto procedente sia munito di un credito certo liquido ed esigibile (1). In Italia sotto l'impero del codice abrogato si propendeva invece per la sufficienza del credito a termine, condizionale, ed illiquido (2); questo indirizzo si è rafforzato dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 (3).

(40) Bosc, in *Étude* cit., p. 41 e sgg.; secondo questo autore, la indagine sul fondamento giuridico dell'istituto, intesa come mezzo di accertamento del contenuto della norma, conduce a risultati falsi. Io ritengo piuttosto che, se tale metodo conduce a risultati falsi, la colpa sia esclusivamente dell'indagatore, e non del metodo. Il metodo di per sè conduce semplicemente all'incertezza ed al dubbio, e non a risultati falsi. Vedi sul problema, in generale, Sacco, *Interpretazione* cit., cap. IX e X.

(1) Vedi retro. nota 22 al § 10.

(2) Vedi retro, nota 22 al § 10.

(3) Per la sufficienza del credito condizionale ed a termine la dottrina unanime: Barassi, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 981; Messi-

Peraltro, la lettera dell'art. 2900 non pregiudica la questione.

Si è invocato, a proposito dell'atto posto in essere dal creditore condizionale, l'art. 1356 cod. civ. (4). Ma tale articolo regola esclusivamente i rapporti fra le parti del negozio condizionale, e non, i rapporti fra una di esse ed i terzi; e, soprattutto, non dice quale sorte abbiano gli effetti degli atti conservativi posti in essere dal creditore interinale, o dal creditore sotto condizione sospensiva, una volta che la condizione risolutiva si sia verificata, o quella sospensiva sia mancata.

Da altri autori si invoca l'analogia con l'art. 2901 cod. civ., che concede l'azione revocatoria al creditore condizionale. Se il terzo subisce la più gravosa soggezione di cui all'art. 2901 cod. civ., non c'è ragione di non estendere il medesimo criterio, a fortiori, alla materia trattata nell'art. 2900.

Ma l'argomento ora segnalato deve portare a ben diverse conseguenze, ove si mettano in luce i limiti di efficacia dell'azione revocatoria intentata dal creditore condizionale. Egli può certo proporre una domanda giudiziale, ma è chiaro che, se dopo l'accoglimento della domanda si verifica la condizione risolutiva o manca la condizione sospensiva, gli effetti della sentenza vengono meno. Se una eadem ratio opera sia nell'art. 2901 sia nell'art. 2900, si deve arrivare a questo risultato: che il creditore, pendente la condizione, può ottenere

neo, *Manuale* cit., § 108, p. 146; Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 76 e 77; Masucci, *Azione surrogatoria* cit., n. 4; Gioia, *Azione surrogatoria* cit., p. 37 e sgg. (Nicolò, ivi, richiede peraltro che il giudice abbia riguardo alla maggiore o minore probabilità del verificarsi della condizione). Si può citare in contrario il solo Cantillo (*Appunti* cit., p. 8, per incidens), il quale richiede il credito certo liquido ed esigibile.

Nello stesso senso della dottrina è la giurisprudenza recente (Cass. 9 gennaio 1947, n. 9, inedita, in applicazione dell'art. 1234 cod. civ. 1865), più larga di quella formatasi nel 1939-1942 (vedi sempre nota 22 al § 10).

(4) Messineo e Nicolò, nei luoghi ult. cit.

L'applicazione conseguente dell'art. 1356 porterebbe peraltro a trattare in modo identico *qualsiasi* credito condizionale, mentre il Nicolò accoglie il sistema del « caso per caso » (vedi nota prec.).

(agendo in via surrogatoria) la sentenza contro il terzo; ma l'effetto della sentenza viene meno col venir meno della condizione sospensiva o col verificarsi della condizione risolutiva.

Volendo veramente tener conto del gioco della ratio nei due procedimenti revocatorio e surrogatorio, bisognerebbe precisare quanto segue:

— in primo luogo, dall'analogia con l'art. 2901 non è possibile (per le ragioni ora dette) ricavare l'efficacia definitiva dell'atto compiuto dal creditore condizionale;

— peraltro, la indubbia provvisorietà degli effetti dell'azione revocatoria promossa dal creditore condizionale non determina ancora (per analogia) la provvisorietà degli effetti dell'atto posto in essere in via surrogatoria dal creditore condizionale, in quanto la diversa gravità degli effetti dell'uno e dell'altro procedimento rendono plausibile una diversa valutazione legislativa dei due casi.

Ritornando alla lettera dell'art. 2900, è chiaro che, poichè esso parla in genere di « creditore », il requisito della esigibilità del credito non può essere richiesto, il creditore essendo tale anche prima della scadenza. Però è anche vero che, in difetto di una diversa disposizione di legge, l'atto posto in essere in via surrogatoria da chi è creditore sotto condizione sospensiva o risolutiva dovrebbe produrre un'efficacia condizionata. L'efficacia diverrebbe definitiva quando la condizione sospensiva sussista o quella risolutiva manchi. Una soluzione opposta (inefficacia definitiva dell'atto) si avrebbe nell'ipotesi inversa.

In caso di azione o eccezione proposta giudizialmente dal creditore condizionale si applicherebbero, logicamente, gli ulteriori principii che regolano l'esperimento dei mezzi giudiziali da parte del soggetto munito di un potere d'azione condizionato.

Queste deduzioni, che pure paiono logiche, sono estranee al sistema comunemente accolto: qual'è dunque la molla che spinge dottrina e giurisprudenza a decidere il problema nel senso dell'irrilevanza del successivo verificarsi o mancare della

condizione? Si può probabilmente affermare che la preoccupazione della certezza del diritto abbia avuto la sua parte nello sconsigliare all'interprete la rigorosa applicazione dei principii sulla condizione.

Ma, se fosse legittima questa prima interferenza del principio della certezza del diritto, bisognerebbe ricordare una lunga serie di altre ipotesi, in cui il medesimo procedimento logico-giuridico sarebbe parimenti giustificato: così quando agisca in via surrogatoria un creditore, tale in virtù di un negozio annullabile, risolubile, rescindibile, ecc. concluso con il debitore; oppure quando proceda un cessionario di credito, in tale virtù di una cessione annullabile ecc.; o un creditore apparente, munito dei requisiti di cui all'art. 1189 cod. civ. (o, a maggior ragione, dei requisiti di cui alle leggi sui titoli di credito); ecc.

L'insegnamento comune, che suole equiparare il creditore sotto condizione risolutiva al creditore puro, sarebbe pronto ad ammettere un'uguale soluzione per tutti gli altri casi ora elencati? E, in genere, la protezione legale degli interessi in gioco sembra orientare il suo favore verso i soggetti interessati alla certezza degli atti, o verso i soggetti interessati alla retroattività dell'annullamento, all'irrilevanza della semplice apparenza, ecc.?

Prima di procedere, sarà bene ricordare quale sia, nel caso in esame, il gioco degli interessi contrapposti.

Quando un atto (ad es.: un atto interruttivo di prescrizione) venga posto in essere da un sedicente creditore, sia i concreditori, sia il debitore, mancheranno di ogni stimolo a rinnovarlo, ritenendo oramai operante l'atto (nell'esempio sopra proposto: l'interruzione). Se poi in seguito il titolo apparente, allegato dal soggetto che ha compiuto l'atto interruttivo, si dimostri inconsistente, l'affidamento prestato dai concreditori e dal debitore si dimostrerà malriposto.

In sostanza, il conflitto si apre fra gli interessati alla conservazione dell'atto posto in essere in via surrogatoria (interessati alla sicurezza dinamica del diritto) e gli interessati all'ineffi-

cacia di tale atto (interessati alla sicurezza statica). La specifica degnità di protezione dei primi dipende dalla circostanza che essi, fiduciosi nell'efficacia dell'atto, possono aver omesso di rinnovarlo.

L'efficacia dell'atto al di là dei limiti posti dalle regole comuni del diritto civile può essere desiderata soprattutto in due distinte direzioni: per sopperire ai casi di incertezza obbiettiva di una situazione (condizione pendente, annullabilità non ancora seguita da annullamento, risolubilità, rescindibilità, non ancora seguita da risoluzione o rescissione, ecc.); e per ovviare ai casi di error communis intorno ad una situazione (apparenza di credito presso taluno, ecc.).

Ma, se sono chiarissime le ragioni che militano de iure condendo per la conservazione dell'atto, è assai meno facile trovare nelle nostre fonti un appiglio sicuro per giustificare de iure condito una soluzione in questo senso.

Si potrebbe pensare, innanzitutto, di salvare l'atto compiuto in via surrogatoria da chi è creditore in base ad un titolo relativamente invalido, prendendo le mosse dalla tutela dei terzi in genere, o dei terzi di buona fede in specie, di fronte all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione degli atti (artt. 1445, 1452, 1458, 2° co., cod. civ.). Questa direttiva incontrerebbe una serie di ostacoli. In primo luogo, i « terzi » degli artt. citt. sembrano essere, subbiettivamente, i soli aventi causa dal creditore interinale (5), e non già, chiunque beneficii direttamente o indirettamente degli atti del titolare interinale (nel nostro caso, rispettivamente: debitore principale, e concreditori). Voltando la questione dal punto di vista obbiettivo, gli artt. citt. si riferiscono ai diritti acquistati dai terzi, e non già ai giudicati formatisi in modo vantaggioso per i terzi, nè agli atti di mera conservazione (es.: interruzione della prescrizione, ecc.) compiuti contro il terzo, ecc.

Passando dal particolare al generale, si potrebbe pensare di erodere il principio stesso della retroattività della condi-

(5) Mia *Buona fede* cit., p. 195 e sgg.

zione (6), e, con maggiore plausibilità, il simile criterio della retroattività dell'annullamento, della rescissione, della risoluzione, ecc. (7). Il problema così affacciato si allarga però fuori

(6) Questa soluzione, peraltro, danneggerebbe irrimediabilmente il creditore sotto condizione sospensiva, o chi abbia alienato (o rinunciato) il credito sotto condizione risolutiva.

(7) In dottrina è stato messo in risalto che la retroattività della condizione è meno assoluta, che non la retroattività dell'annullamento. Ciò è indubbio per quanto concerne i poteri di godimento e gli acquisti dei frutti. Sembra però vero l'inverso per quanto riguarda i poteri di disposizione, di azione, ecc. (cfr. gli artt. 1145, 1452, 1458, 2° co., cod. civ.; a cui contrapponi l'art. 1357 cod. civ.).

Taluni fenomeni giuridici sostanziali, tradizionalmente presentati come eccezioni al principio della retroattività dell'annullamento o di altri provvedimenti giudiziali, tendono oggi ad essere presentati come fenomeni regolari, riducendosi a ius singulare ogni applicazione della retroattività. Così ad es. si afferma che per regola la risoluzione non retroagisce (con la conseguenza che colui che ridiviene titolare della risoluzione sia un avente causa del titolare interinale. Così AULETTA, *La risoluzione per inadempimento,* Milano 1942, p. 272 e sgg., ed altri, anche prima di lui; vedi critica in MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti,* in *Riv. dir. com.* 1948, I, p. 300 e sgg.); e che la pronunzia di annullamento (o nullità che sia) del matrimonio di regola non retroagisce (secondo la notissima teoria del CICU, *Il concetto giuridico del matrimonio,* Addiz. II a BAUDRY LACANTINERIE e LOYNES, *Delle persone,* tr. it., Milano 1942, p. 934, e *Matrimonio,* 2ª ed., Bologna 1920, p. 317).

Anche le considerazioni svolte dai processualisti inducono a riconoscere una certa maggiore efficacia alla sentenza ottenuta dal soggetto con titolo affetto da invalidità relativa, che non, alla sentenza ottenuta dal soggetto con titolo condizionato.

Nella dottrina italiana (non molto prodiga su questo punto) consulta ALLORIO, *Cosa giudicata* cit., p. 178 e seg. Egli, sotto l'impero dei codici abrogati, negava risolutamente che la sentenza ottenuta contro il soggetto, il cui acquisto fosse risolutivamente condizionato, o suscettibile di annullamento, potesse opporsi al terzo alienante, una volta verificata la condizione o annullato il titolo. Ma le argomentazioni addotte (le quali culminano con un procedimento per analogia a fortiori facente leva sul trattamento del potere di alienare) lasciano pensare che, in presenza delle nuove norme civilistiche contenute nel codice del 1942, si potrebbe far uso di una maggiore indulgenza verso la soluzione ivi condannata, quanto meno nell'ambito del titolo soggetto ad impugnativa.

Una dottrina germanica, che da noi non ha avuto seguito, ammette la piena efficacia verso il soggetto, a cui vantaggio opererà la condizione

dal nostro campo: il suo oggetto non mira alla speciale questione del creditore interinale, che compie un atto in via surrogatoria, ma alla generale questione del titolare interinale di una situazione giuridica, il quale compia un atto in virtù della sua provvisoria legittimazione. Risultati diversi possono forse emergere, a seconda che sia sottoposta al rischio dell'eliminazione la stessa costituzione del credito, o soltanto il trasferimento del credito dall'uno all'altro titolare.

Su un piano diverso e più ampio, la questione della legittimazione del creditore apparente può ricollegarsi al problema generale dell'efficacia praeter legem dell'apparenza, o della protezione praeter legem della buona fede.

Quando l'elaborazione giurisprudenziale del codice del 1942 era ancora limitata, la dottrina ha affermato senza contrasto che, in base alla nuova legislazione, la buona fede riceve una tutela empirica e casistica (forse anche asimmetrica e incoerente) ma certo non lacunosa: per cui le regole protettrici della certezza del traffico giuridico vanno ricercate nella legge scritta, escluso ogni ricorso a pretesi principii generali del diritto (8).

---

o l'annullamento, della sentenza ottenuta medio tampore da e contro il soggetto, che figura come titolare del rapporto in attesa che la condizione o l'annullamento abbia luogo (HELLWIG, *Wesen und subiektive Begrenzung der Rechtskraft*, Lipsia 1901, p. 109 e sgg. fino a p. 124).

Quanto esposto rivela che l'erosione del principio della retroattività è ormai in corso.

Si potrebbe anche richiamare, a questo proposito, l'esplicita disposizione di cui all'art. 1361, 1° co., cod. civ. (« L'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione stessa, spettava l'esercizio del diritto »). Si può discutere se questo articolo sia direttamente applicabile al creditore condizionale, il quale proceda in via surrogatoria (l'uso del potere surrogatorio non sembra doversi definire come atto di amministrazione): o se per lo meno questo articolo possa invocarsi ai fini ora accennati in forza di un'estensione analogica; e se ulteriormente si possa applicare lo stesso criterio al creditore interinale, tale in virtù di negozio relativamente invalido.

(8) Si muovono nell'ordine di idee della tipicità delle fattispecie di buona fede protette: STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947 (di cui vedi già, sotto il cod. precedente, *L'apparenza del diritto*, Modena 1934); MENGONI, *Acquisto* cit., e cfr., più a lungo, mia *Buona fede* cit.

La giurisprudenza ha però mantenuto fede al canone elaborato praeter legem al tempo dei codici abrogati, per colmare le innegabili lacune di quella legislazione: « Il principio dell'apparenza del diritto, inteso alla tutela della buona fede dei terzi, è legittimato dal concorso dei seguenti presupposti: uno stato di fatto non corrispondente allo stato di diritto; l'erronea credenza dei terzi, immune da colpa, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica, per modo che essi abbiano regolato la loro condotta fecendo affidamento su una situazione giuridica non vera ma apparente » (9). Si richiede poi un altro requisito: che il fatto di apparenza sia stato colposamente cagionato dallo stesso soggetto, a cui viene opposta l'apparenza di diritto (10).

Ma anche volendo aderire senza riserva a questa coppia di massime giurisprudenziali, esse sono inapplicabili al fenomeno che interessa in questa sede. Infatti, nel caso che qui interessa, il controinteressato al fatto apparente (terzo) non può aver « dato colposamente luogo all'apparenza ».

Non si può dunque invocare, ai fini dell'indagine di cui si tratta, alcun principio generale di buona fede o di apparenza; nè si può ricavare un'analogia dalla protezione di chi paga al creditore apparente (art. 1189 cod. civ., e regole speciali in materia di titoli di credito), perchè manca del tutto la eadem ratio.

La via per concedere l'efficacia definitiva all'atto surrogatorio compiuto dal non creditore munito di titolo apparente, o di titolo condizionale successivamente eliminato dal sopraggiungere o dal venir meno della condizione, o di titolo relativamente invalido e successivamente posto nel nulla, sem-

---

(9) Così la Corte di Cassazione, nelle sentenze seguenti: 20 aprile 1950, n. 1060; 7 luglio 1950, n. 1794; 12 aprile 1954, n. 1151; ecc. Abbonda anche la giurisprudenza degli organi giurisprudenziali periferici.

Vedi una fedele illustrazione del pensiero giurisprudenziale in D'AMELIO, voce *Apparenza del diritto*, in *Nuovo dig. it.*

(10) Esplicitamente, Cass. 20 febbraio 1954, n. 472; implicitamente anche tutte le sentenze menzionate nella nota prec.

bra dunque, allo stato degli argomenti finora esaminati, preclusa (11).

Si può tutt'al più domandare se il debitore, od i concreditori, possano attribuire ex post l'efficacia desiderata agli atti compiuti dal creditore condizionale od apparente.

Si potrebbe pensare, innanzitutto, alla ratifica di cui all'art. 1399 cod. civ. Com'è noto, per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza dominanti hanno considerato il creditore procedente in via surrogatoria come un rappresentante del debitore (12). E' altrettanto noto che oggi la teoria della rappresentanza è superatissima in Italia e perde terreno in Francia (13).

Potrebbe però sussistere una communis ratio decidendi nelle due ipotesi del soggetto che tratti come rappresentante senza averne i poteri, e del soggetto che agisca come creditore senza averne il titolo. Supposto che si possa dare alla questione una risposta positiva, l'applicazione dell'art. 1399 cit. al falsus creditor avrebbe un ambito limitato per le circostanze seguenti.

In primo luogo, l'art. 1399 cod. civ. si riferisce al falsus

---

(11) Nessun serio tentativo per giungere alla conservazione dell'atto surrogatorio posto in essere dal creditore interinale o dal creditore apparente potrebbe condursi attraverso alla ricostruzione del « fondamento » del potere surrogatorio.

Se il fondamento consistesse nella garanzia generica spettante al creditore sul patrimonio del debitore ed al potere di controllo gestorio che gli è concesso anche pendente condicione, si dovrebbe dare atto che gli effetti degli atti di controllo si risolvono col verificarsi della condizione risolutiva, o col mancare della condizione sospensiva.

Se tale fondamento coincidesse con l'antisocialità dell'inerzia del debitore, si potrebbe anche sostenere che l'antisocialità (essendo un fenomeno etico, o di fatto, comunque non giuridico) è suscettibile sì di estinzione, ma non di risoluzione con effetto retroattivo; o, in altre parole, una volta supposta l'ingiustizia (in senso sociale) dell'inerzia del debitore, tale ingiustizia sarebbe incondizionata anche quando fosse condizionato il rapporto fondamentale di credito. Si è però già visto (§ prec.) che il fondamento del potere surrogatorio non può consistere nell'ingiustizia del comportamento.

(12) Vedi, retro, § 10.

(13) Vedi oltre, §§ 26 e sgg.

procurator il quale abbia « contrattato ». Nella maggior parte dei casi, il comportamento posto in essere dal sedicente creditore non avrà natura nè di contratto nè di atto unilaterale recettizio civilistico (equiparabile in via di principio al contratto, in base all'art. 1324 cod. civ.) (14).

Più precisamente, l'atto posto in essere in via surrogatoria sarà nella maggior parte dei casi un atto processuale, probabilmente sottratto ad ogni ratifica (15).

In secondo luogo, il debitore, che non si è curato di conservare o di recuperare un proprio bene od un proprio diritto, spesso non si preoccuperà nemmeno di ratificare l'operato del (sedicente) creditore.

Si domanda perciò quali poteri spettino, al riguardo, ai creditori effettivi. In quanto la ratifica si concepisca come l'« esercizio » di uno speciale « diritto spettante verso i terzi », i creditori potrebbero senza dubbio esercitare in via surrogatoria il relativo potere. Ma la premessa di quest'ultima conclusione sembra per lo meno dubbia.

Per garantire ai creditori una più sicura tutela, bisognerebbe ammettere che si rappresentino a vicenda, che pertanto il sedicente creditore operi anche come falsus procurator dei creditori veri, e che ulteriormente ogni creditore possa ratificare l'atto posto in essere dal falsus creditor (16).

---

(14) E' dubbio inoltre se l'art. 1324 cod. civ. possa essere invocato ai fini della ratifica di un atto unilaterale. Vedi rispettivamente, per l'affermativa: MIRABELLI, *Ratifica dell'atto unilaterale*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1953, V, 38; e, per la negativa: CARRESI, *In tema di difetto e di abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. com.* 1951, I, 218.

(15) Per l'inefficacia della ratifica dell'atto processuale vedi, in giurisprudenza, Cass. 12 ottobre 1953, n. 3320, e, più precisamente, Trib. Genova 28 febbraio 1953, in *Foro pad.* 1954, I, p. 102. In dottrina cfr. BRUNETTI, *Gestioni di affari e processo*, in *Foro pad.* 1954, ivi, ed ivi esposizione dello stato della dottrina; agli autori ivi citati adde, nel senso della inefficacia assoluta di ogni ratifica, ANDRIOLI, *Commento* cit., I, p. 226 (vedi ivi notizie su un temperamento apportato al principio dalla giurisprudenza della Cassazione).

(16) Per arrivare a questa conclusione bisognerebbe ricorrere a ragionamenti alquanto capziosi, configurando la massa dei crediti come una « comunità semplice d'interessi », e sostenendo che nell'ambito delle

Data la labilità delle argomentazioni che possono portarsi a suffragio dell'applicabilità della ratifica di cui all'art. 1399 all'atto del falsus creditor, converrà perciò affrontare un'ulteriore questione: se l'atto posto in essere dal falsus creditor in via surrogatoria abbia i caratteri di una negotiorum gestio.

Quest'ultimo interrogativo obbliga l'interprete a fare i conti con una notevole massa di difficoltà.

Innanzitutto si dovrebbe chiarire se l'atto posto in essere dal falso creditore si debba considerare come atto di utile gestione compiuto sulla sfera del debitore (atto di gestione compiuto su sfera ritenuta altrui, con o senza spendita del nome, regolato dagli artt. 2028 e sgg.), o come atto di utile gestione compiuto in ordine al credito principale, od al cosiddetto rapporto di pegno generico (atto di gestione compiuto su sfera ritenuta propria, espressamente richiamato dall'art. 2032). Nell'ambito della figura dell'atto compiuto sul credito principale, o sulla situazione di pegno generico, bisognerà ancora distinguere l'atto compiuto da chi si vanta creditore accampando un rapporto

---

comunità semplici di interessi sussiste un potere di rappresentanza reciproca fra i partecipanti.

Per un notevole tentativo di dare sistemazione organica alla materia delle comunità di interessi vedi ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe 1949, § 300 e seg.; ivi il problema della mutua rappresentanza è tratteggiato senza approfondimento. Segnalo peraltro l'inciso: « Si applicano alla comunità semplice di interessi, con particolare riferimento alle misure comuni per la conservazione del valore... le norme fondamentali sulla comunione di diritti, in quanto ciò sia possibile ». Ove si ammetta per diritto italiano questo principio, ove si ammetta che il singolo comunista abbia il potere di promuovere misure cautelari e di compiere atti cautelari nell'interesse di tutti i comunisti (il che forse discenderebbe a fortiori dalla giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione, secondo cui ogni singolo comunista può rivendicare la cosa in solidum nei confronti del terzo che la possiede illegittimamente — cfr. sentenza 18 luglio 1953, n. 2374, ed altre anteriori conformi —), si potrebbe ammettere l'estensione di questa enunciazione alle comunità semplici di interessi. Di poi, dal riconoscimento di un potere solidale di compiere atti conservativi al riconoscimento di un mutuo potere di rappresentanza, il passo sarebbe breve.

affatto inesistente, e l'atto compiuto da chi si vanta titolare di un credito esistente si, ma pertinente ad altri.

In base a quanto si esporrà sulla natura del potere surrogatorio (vedi oltre §§ 32, 33), sembra che l'atto surrogatorio debba considerarsi un atto di gestione sul solo patrimonio del debitore, e non già sul credito principale o sulla situazione di garanzia spettante al creditore (l'oggetto della garanzia potrà aumentare per una conseguenza, meramente meccanica, dell'aumento del patrimonio del debitore).

D'altronde, l'art. 2032 fa riferimento non già a chi creda di far valere un « rapporto » proprio ma, con termini più comprensivi, a chi crede di gestire « un affare » proprio. Si può dunque ammettere che il sedicente creditore, il quale proceda in via surrogatoria, conduca ad un tempo un affare del debitore, e (in quanto il rapporto di credito da lui vantato sussista e sia alieno) un affare del vero creditore; e che, rispetto alla sfera del debitore, egli assuma scientemente la gestione di un affare altrui; mentre, rispetto alla situazione di pegno generico, egli compirebbe la gestione con animo di condurre un affare proprio.

Così qualificato l'atto di gestione compiuto dallo pseudo-creditore, bisognerà chiarire se a tale gestione siano applicabili le norme di cui agli artt. 2028 e segg.

I requisiti per l'applicabilità degli artt. citt. sono numerosi; alcuni sono controversi, altri non sembrano (finora) sufficientemente indagati.

Innanzitutto, anche gli effetti della gestione di affari altrui, come gli effetti della ratifica, sembrano esclusi sul terreno processuale.

In secondo luogo, l'espressione « senza esservi obbligato », di cui all'art. 2028 cit., può lasciare aperte varie questioni: non solo perchè è dubbio se all'obbligo possa essere equiparata ogni *specifica* facoltizzazione derivante da negozio o da altra fattispecie, ma soprattutto perchè non è chiaro come reagisca la erronea credenza (di colui che procede alla gestione) che sus-

sista la fattispecie che dà luogo all'obbligo od alla specifica facoltizzazione.

Ulteriormente, data la equiparazione della ratifica di cui all'art. 2032 cit. al « mandato », non è chiaro se qui la ratifica si equipari ad un mandato con procura, o ad un mandato senza procura. Ove si accolga la seconda soluzione, non è chiaro come possa operare la ratifica dell'interessato su atti (come saranno, in genere, gli atti posti in essere in via surrogatoria) che, una volta condotti da un mandatario senza rappresentanza, non si prestano a produrre effetti capaci di cadere dapprima nella sfera del gestore, e di essere riversati in seguito nella sfera giuridica del dominus.

Finalmente (e qui sorge il problema più grave) non è chiaro quali, fra gli atti stragiudiziali di esercizio del diritto suscettibili di essere posti in essere in via surrogatoria (interruzione della prescrizione, riscatto, ecc.), debbano essere considerati « affari ».

Lasciando in sospeso la soluzione di questi numerosi quesiti (che debbono essere risolti sul terreno dei principii della negotiorum gestio, più che sul terreno del procedimento surrogatorio), si nota comunque che il rimedio della ratifica ex art. 2032 cod. civ. non sarà di grande ausilio nè al debitore, nè ai concreditori, nè (probabilmente) al vero creditore, i quali vogliano giovarsi del procedimento esperito dal falsus creditor, nelle sue molteplici possibili varianti (falsus creditor di buona fede come di mala fede, creditore interinale, creditore apparente, sedicente titolare di un credito obbiettivamente esistente o sedicente titolare di un credito obbiettivamente inesistente).

In definitiva, quel particolare presupposto del potere surrogatorio che si esprime con le parole « un credito intercorrente fra il soggetto che procede, ed il titolare del rapporto fatto valere » non ammette surrogati. La regola della sicurezza statica dei diritti soggettivi (che, nel nostro caso, protegge il terzo) prevale sulla regola della sicurezza dinamica degli atti giuri-

dici (che nel nostro caso, se fosse applicabile, proteggerebbe concreditori e debitore principale) (17).

Non deve essere considerato come una eccezione alla regola il fenomeno seguente: se il debitore, chiamato in giudizio dal falso creditore (o dal creditore condizionale) ai sensi dell'articolo 2900, 2° co., cod. civ., si costituisce in giudizio e si associa alla domanda giudiziale del falso creditore, l'effetto del giudicato si verificherà senza limitazione alcuna. In questo caso, la validità della sentenza sarà una conseguenza della

---

(17) Si può segnalare per completezza la possibilità di situazioni perplesse, in cui si deve dubitare se, ai fini che qui interessano, un credito esista o meno. Formulerò un esempio.

Un mediatore ha diritto che il venditore gli versi una percentuale del prezzo se questo verrà pagato dal compratore (tuttavia il titolo esclude qualsiasi obbligo, pel venditore, di attivarsi per far verificare la condizione).

Poichè il compratore non paga ed il venditore rimane inerte, il mediatore, nella sua qualità di creditore sub condicione del venditore, agisce in via surrogatoria contro il compratore chiedendone la condanna al pagamento, e preparandosi ad esperire (sempre ex persona venditoris) l'esecuzione forzata contro il compratore, per ottenere l'assegnazione della somma al venditore. Se la sua azione si deve intendere legittimamente proposta, egli riuscirà anche in un secondo scopo: far verificare la condizione sospensiva.

Formalmente, la procedura intentata dal mediatore sembra ineccepibile, purchè si ammetta che il potere surrogatorio può esercitarsi intorno a crediti verso il terzo, di capienza superiore al credito che il soggetto procedente intende vedere garantito (su ciò vedi oltre, § 24).

Però si sente abbastanza chiaramente che la concessione del potere surrogatorio al mediatore nel caso sopra esposto cozzerebbe contro una esigenza di giustizia, in quanto permetterà al mediatore di provocare il verificarsi della condizione solo in quanto sussista l'insolvibilità del venditore (se il venditore sarà solvibile, infatti, mancherà un presupposto del potere surrogatorio): nè si vede perchè, razionalmente, il creditore sub condicione debba uscire danneggiato dalla solvibilità del suo debitore.

Si può dunque concludere che il procedimento surrogatorio è precluso al creditore sub condicione, quando il verificarsi della condizione si presenti come effetto dello stesso procedimento esperito in via surrogatoria. Questo criterio collima perfettamente con una regola che si illustrerà in seguito (capitolo III), secondo cui il procedimento esperito dal creditore ex art. 2900 cod. civ. non può mai oberare di passività il debitore.

domanda del debitore, e non, dell'attività del falso creditore. Se il debitore, invece, rimarrà contumace, o, pur comparendo, non prenderà conclusioni, il giudicato non sarà efficace. Tutti gli ulteriori quesiti connessi con quello ora indicato risalgono a questo problema generale: supposto che un falso litisconsorte necessario, volendo far valere un certo diritto, chiami in giudizio, oltre all'avversario, i proprii (pretesi) litisconsorti veri titolari del diritto che egli intende far valere, quale sarà l'efficacia della sentenza emessa nella contumacia dei (pretesi) litisconsorti chiamati in giudizio? (Così, ad es., se il falso usufruttuario agisce in negatoria servitutis chiamando in giudizio il vero proprietario, questi rimanesse contumace, il giudice non rilevasse la carenza di titolo presso il falso usufruttuario, e ne respingesse la domanda per ragioni attinenti al merito).

Se poi si dovesse seguire quell'indirizzo giurisprudenziale (meritatamente criticato dalla dottrina), secondo cui la semplice notifica della sentenza al soggetto, in cui nome ha agito il falsus procurator, impone a tale soggetto l'onere di appellare se vuole impedire la formazione del giudicato (18), si potrebbe a fortiori ammettere che chiunque sia chiamato in giudizio da un (preteso) litisconsorte necessario è destinato (si costituisca o meno nel giudizio) a subire tutti gli effetti, favorevoli o svantaggiosi, del successivo giudicato. Si noti peraltro che questa soluzione latissima conferirebbe il potere di promuovere la formazione del giudicato non solo al creditore condizionale, ma anche a quello apparente ed al soggetto meramente iattante (anche in quest'ultimo caso, infatti, purchè il debitore sia stato chiamato in causa, il giudice, una volta rilevata la mancata legittimazione del falso creditore, dovrebbe giudicare sul rapporto fra debitore e terzo, considerando validamente costituito il giudizio fra gli stessi).

Però, una volta respinto il criterio giurisprudenziale ora segnalato, risulta confermato quanto detto prima: e cioè, che solo il vero creditore può procedere ex art. 2900.

(18) Vedi, tanto sull'indirizzo giurisprudenziale quanto sulla reazione della dottrina, ANDRIOLI, *Commento* cit., I, p. 226.

Per le solite ragioni si deve ritenere, nonostante un'autorevole contraria opinione (19), che la semplice eventualità di un credito futuro non schiude mai l'uscio ad un potere surrogatorio, anche quando l'eventualità assuma il carattere della probabilità e della quasi certezza, e trovi la sua genesi nel parziale verificarsi della fattispecie costitutiva del credito (20).

(19) Vedi equiparato il credito eventuale al credito sotto condizione in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 77 e sgg., ed ivi invocati in suffragio: l'art. 2852 cod. civ., che ammette la possibilità di costituzione di ipoteca per crediti semplicemente eventuali; l'art. 1365 cod. civ., che enuncerebbe (secondo l'aut. cit.) un principio generale applicabile in tema di fattispecie a formazione successiva; e l'art. 1953 cod. civ., da cui si argomenterebbe il favore del legislatore per le misure preventive destinate a tutelare il creditore eventuale.

Molti soggetti, tratteggiati dal NICOLÒ nel luogo cit. come creditori eventuali sono però creditori attuali: così il fideiussore nei casi in cui gli è concessa l'azione di rilievo, l'avallante che si trovi nelle stesse condizioni; e così (qualora si ammetta una interpretazione analogica dell'art. 1953 cit.) l'acquirente di immobile ipotecato, il debitore solidale che si appresta a pagare, ecc. Tutti questi soggetti saranno in grado di procedere in virtù dell'art. 2900 ex persona del debitore principale, o del coobbligato, quali creditori attuali, e non, quali creditori eventuali.

L'art. 1953 attribuisce precisamente al fideiussore un credito, e non una semplice misura cautelare. L'opinione contraria si imporrebbe solo se un connotato indispensabile del credito fosse dato dall'identità del titolare del rapporto con il destinatario economico della prestazione.

(20) Interferisce con il principio in esame la grave questione del credito di prestazione infungibile. In questa ipotesi, il creditore non potrà aumentare con l'esperimento del rimedio surrogatorio le probabilità di soddisfacimento dell'obbligazione primaria (di facere), nè le possibilità di esecuzione coattiva dell'obbligo *in forma specifica*. Il creditore si preoccuperà delle variazioni della garanzia generica solo in vista dell'esecuzione forzata (o dell'adempimento) dell'obbligo secondario (di risarcimento).

Il NICOLÒ (sub art. 2900 cit., p. 82) inquadra l'ipotesi ora formulata come una eventualità del sorgere del credito secondario, e giustifica così il potere surrogatorio del creditore (subordinato alle consuete condizioni: probabilità dell'inadempimento dell'obbligo primario e difficoltà di realizzarne coattivamente il contenuto in forma specifica). Resta peraltro da vedere se il debito secondario costituisca un rapporto nuovo rispetto all'obbligo primario: poichè, almeno ai fini della nascita e della permanenza delle garanzie, sembra che le due diverse figure costituiscano due fasi successive di un unico rapporto, e non, due rapporti distinti. Ammessa questa premessa, la concessione del rimedio sur-

Da quanto si è detto, risulta anche che il credito cosiddetto incerto non merita una trattazione speciale. La dottrina afferma esattamente che, se il credito di colui che procede in via surrogatoria è contestato, il suo diritto dovrà essere preliminarmente accertato secondo i comuni principii (21). La logica porterebbe all'accoglimento di una soluzione parallela nell'ipotesi di credito illiquido, che è, per definizione, certamente esistente, ma di cui è o incerto o indeterminato l'ammontare. Quando la illiquidità del credito renda incerta la sufficienza del patrimonio del debitore alla garanzia del credito, l'accertamento o la determinazione del quantum dovrà aver luogo in via preliminare, esattamente come deve accertarsi in via preliminare la sussistenza del diritto del sedicente creditore. A rigore, peraltro, il fenomeno dell'illiquidità rende incerto non già il requisito del credito ma quello del pregiudizio (su cui vedi oltre).

Di fronte al chiaro dettato dell'art. 2900, pare ovvio che al credito non possono equipararsi diritti assoluti. Ma talora si può dubitare se una certa situazione abbia natura di credito o meno.

Il problema sorge in una serie di casi, tra di loro analoghi, fra i quali sceglierò un solo esempio.

---

rogatorio al creditore si giustifica de plano, purchè, al solito, sussista il pericolo di insolvenza. La «probabilità dell'inadempimento dell'obligo primario, e la difficoltà di realizzarne coattivamente il contenuto in forma specifica», invocati dal Nicolò come presupposti dell'azione surrogatoria del creditore di prestazione infungibile, non intervengono nella fattispecie come elementi equivalenti al rapporto di credito. Piuttosto essi sono validi coefficienti del pregiudizio del creditore (su cui vedi oltre).

(21) Per tutti Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 74 e seg. (però la giurisprudenza è più larga e si accontenta della prova non rigorosa: cfr. App. Torino 14 aprile 1936, in *Giur. tor.* 1936, n. 613).

Non sembra da condividere l'opinione, secondo cui il terzo non sarebbe ammesso a sollevare contestazioni in ordine al diritto del sedicente creditore.

L'eventuale riconoscimento del (presunto) debitore non può nuocere al terzo, sia perchè sarebbe res inter alios acta, sia perchè altrimenti si verrebbe ad ammettere una fonte atipica di potere surrogatorio (su ciò vedi ancora oltre, § 17).

Supponiamo che il possessore di un'eredità sia tenuto verso l'erede alla restituzione, e che, agevolato dalla sua qualità di erede apparente, abbia alienato a terzi di buona fede cose ereditarie; supponiamo inoltre che il negozio di trasferimento sia affetto da una invalidità relativa. Si domanda se l'erede vero possa esperire l'azione di annullamento, rescissione, ecc., spettante all'alienante (22).

In dottrina non manca qualche voce tendenzialmente favorevole alla soluzione affermativa (23).

Se il possessore dell'eredità è propriamente tenuto alla restituzione in base ad un rapporto obbligatorio (derivante, ad es., dall'illecito doloso o colposo concretantesi nell'illegittimo impossessamento dell'eredità), la soluzione positiva è senza dubbio ragionevole. Infatti, se egli è tenuto a ripristinare la situazione di fatto e diritto anteriore al suo illecito, il creditore (erede vero) potrà esercitare le azioni spettanti all'obbligato (possessore di cose ereditarie) contro i terzi, al fine di assicurare che sia soddisfatta la sua pretesa alla restitutio.

Però la soluzione ora accennata presuppone, come si è detto, lo specifico obbligo di ripristino, posto a carico del possessore di eredità. Tale obbligo non sussiste in difetto di una idonea fonte; per cui talora il possessore non avrà altro dovere che quello di rilasciare le cose ereditarie (ossia: non avrà altro dovere che quello di non protrarre l'ingerenza esplicata

---

(22) Ovviamente, se questa azione di annullamento non viene esperita, l'atto di disposizione del possessore di eredità, il quale sia altresì erede apparente, diverrà definitivo ai sensi dell'art. 534 cod. civ.

(23) Vedi ad es. Mengoni, *Acquisto* cit., p. 199, a proposito del proprietario di cosa mobile alienata a terzo di buona fede da un non dominus. Ivi non è chiarito se il non dominus debba considerarsi debitore del dominus, pel solo fatto di avere alienato.

Giorgianni, *Dichiarazione* cit., p. 146, esclude che l'erede vero sia creditore dell'erede apparente che ha compiuto l'atto di disposizione (e ne ricava la conclusine che l'azione per il prezzo, di cui all'art. 535, 2° co., ultima frase, non è un'azione surrogatoria. La conclusione è certamente esatta, e si giustifica pianamente osservando che la norma citata prevede un trasferimento legale di credito, e non, un procedimento avente ad oggetto diritti *tuttora* alieni).

nell'eredità); e tale dovere promana da un rapporto assoluto (24).

Se si potesse asserire che l'erede vero può chiedere all'ex possessore di eredità una cessione delle azioni spettanti contro i terzi (25), l'erede vero potrebbe esperire l'azione di annullamento in quanto titolare di un credito (facente carico al possessore di beni ereditari) avente ad oggetto la prestazione di cessione di azione. Ma, poichè la risposta al problema, se esista un dovere di cessione, è probabilmente negativa (26), si deve anche negare che l'erede vero sia creditore del pos-

---

(24) Il Nicolò (op. cit., p. 87) annovera tutte le pretese, dirette alla reintegrazione di un diritto assoluto, fra i crediti (o almeno, le equipara).

Si noti che (da quando si è diffusa la concezione dei diritti reali come fasci di pretese rivolte alla non ingerenza di ciascun consociato nei confronti della cosa) la struttura del singolo rapporto intercorrente fra il titolare attivo delle pretese, ed un dato terzo, è stata perfettamente assimilata alla struttura di un rapporto di credito (vedi la più rigorosa formulazione di questa identità in Allara, *Nozioni* cit., cap. X).

Ma qui sussiste, prima che un problema di struttura, un problema di categorie legislative. Il « quisque » tenuto alla non ingerenza verso il proprietario non è certo, per la nostra legge, un debitore. Lo è forse quando abbia violato il diritto assoluto, e sia tenuto a desistere dal suo comportamento antigiuridico? supposta la risposta negativa all'ultimo quesito, sorgerebbe l'ulteriore problema dell'applicazione per analogia dell'art. 2900 cod. civ. al caso in esame. Ma sarebbe ben strano se, nell'ipotesi di cui nel testo, il vero erede potesse agire in annullamento contro il terzo finchè l'erede apparente non ha operato il rilascio, e perdesse tale potere proprio al momento del rilascio, per effetto del venir meno dello specifico dovere di cessazione, facente capo all'erede apparente.

(25) Tale problema si sdoppia in più questioni: se il nostro diritto riconosca la cessione di azione (sul punto vedi Redenti, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, p. 74 e sgg.); come si possa fondare, tecnicamente, una pretesa dell'erede vero ad un comportamento *positivo* di cessione da parte dell'ex possessore di eredità (forse si potrebbe sostenere l'esistenza di questo dovere per analogia con l'obbligo di riversare al creditore il prezzo ricevuto, vedi art. 535, 2° co., 1ª frase); come si possa stabilire ed affermare che tale potere di agire per l'annullamento del negozio rientri nel novero dei « beni ereditarii ».

(26) Soprattutto perchè non si può imporre al possessore di eredità come tale un dovere di collaborazione positiva con l'erede vero ai fini della restitutio.

sessore di eredità, e legittimato *a tale titolo* all'esercizio delle azioni spettanti al possessore per il recupero di beni ereditarii.

Potrebbe infine sorgere un diverso e ulteriore problema: se si possa procedere in via surrogatoria per assicurare l'efficace tutela di un proprio potere semplice, o di un proprio diritto potestativo, diverso da un diritto soggettivo di credito. Si faccia l'esempio di chi abbia ricevuto anche nel proprio interesse (ai sensi dell'art. 1723 cod. civ.) il mandato con procura, perchè venda un fondo.

Supposto che il potere di rapresentanza non costituisca, nemmeno in questo caso, un diritto soggettivo (27), supposto inoltre che, dal mandato concluso anche nell'interesse del mandatario, non sorga un dovere giuridico di lealtà a carico del mandante, si ipotizzi il caso seguente: che il mandante alieni (mediante atto annullabile) il fondo ad un terzo, così pregiudicando la pratica utilità del potere del rappresentante. Si domanda se il mandatario possa impugnare l'atto chiedendone in via surrogatoria l'annullamento.

Un problema analogo potrebbe verificarsi ove lo specificatore volesse far rientrare la cosa specificata nel patrimonio dell'ex proprietario della materia prima (il quale abbia alienato la cosa già specificata ad un terzo, mediante atto annullabile), per esercitare nei suoi confronti il potere di acquistare la proprietà della cosa pagando il prezzo della materia ai sensi dell'art. 940 cod. civ.

Senza dare maggiore sviluppo al problema, si può osservare semplicemente che l'art. 2900 cit., dove enumera i presupposti del potere surrogatorio, parla soltanto del creditore, e non già di un generico titolare di potere (28).

---

(27) Costruisce il potere del rappresentante, concesso nell'interesse del rappresentante stesso, come un vero diritto soggettivo, Santoro Passarelli, *Dottrine* cit., p. 190.

(28) Certamente, ove sul credito si innesti un potere od un diritto potestativo, il creditore potrà assicurare la funzionalità non solo del credito in sè, ma anche dei poteri accessorii (ad es.: potere di scelta, ecc.: vedi oltre, § 15). Ciò dipende dal fatto che il creditore è facoltiz-

§ 14. - Il requisito dell'inerzia.

Il requisito dell'inerzia colposa (o, addirittura, maliziosa) era pressochè pacifico sotto il codice del 1865, che pure non menzionava, nè direttamente nè indirettamente, tale elemento della fattispecie (1). Era evidente l'influsso esercitato sulla dottrina dal regolamento delle tradizionali azioni surrogatorie speciali del diritto francese (derivanti dall'azione revocatoria) (2), e dalla recente idea del procedimento surrogatorio come reazione ad un comportamento antigiuridico. Peraltro, sempre per influsso della tradizione, il requisito dell'inerzia colpevole tendeva a svanire quando si trattasse di un'eccezione surrogatoria concursuale, o di un'azione surrogatoria con finalità immediatamente esecutiva (3).

Con il nuovo codice, un appiglio a favore del requisito dell'inerzia colposa non mancherebbe, perchè l'espressione « trascura » di esercitare, contenuta nell'art. 2900 cit., potrebbe im-

---

zato dall'art. 2900 cod. civ. ad assicurare non solo il proprio credito in senso stretto, ma, in generale, le proprie « ragioni ».

C'è quindi una disarmonia fra il presupposto soggettivo dell'atto surrogatorio (qualità di creditore) ed il presupposto oggettivo del medesimo atto (pericolo delle ragioni del creditore).

(1) Cfr. Borsari, *Commentario* cit., sub art. 1166, col. 587; Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, p. 269 (almeno quando si trattasse di azione surrogatoria con finalità conservativa); Venzi, nelle note a Pacifici Mazzoni cit., p. 485 (con la stessa limitazione); D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., arg. ex p. 104 (dove si esclude il potere surrogatorio in un caso, in cui manca la colpa del debitore); Castellini, *Azione surrogatoria* cit., p. 25 e sgg. Così anche la giurisprudenza (Cass. 7 luglio 1941, in *Dir. e prat. com.* 1941, II, 269; Cass. 11 dicembre 1939, n. 3265; App. Lecce 12 marzo 1936, in *Foro salentino* 1936, 67); a cui toccò talora reagire contro chi chiede addirittura il consilium fraudis (vedi Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489).

Contra Cicu, *Obbligazione* cit., p. 97, ove si legge che l'imposizione del requisito della colpa « non è mai stato accolto dalla dottrina ».

(2) Ricorda Argou (*Institution* cit., II, IV, IX) che parlava di débiteur frauduleux; Louet, nei passi commentati da Brodeau, op. cit., R. 19, 20, 21, dove si parla di un « mauvais débiteur étant négligent d'exercer ses actions »; Lebrun, *Traité* cit., II, II, II, n. 42, dove si legge che il rifiuto del debitore « passe pour una fraude manifeste ».

(3) Giorgi e Venzi, locc. ultimi citt.

plicare un riferimento alla negligenza, più che alla semplice omissione come fatto obbiettivo. Tuttavia, la dottrina più moderna si è indirizzata nel senso che segue.

Fra i presupposti del potere di procedere in via surrogatoria, si suole menzionare l'inerzia del debitore, ossia la sua astensione dall'esercizio del diritto di cui si tratta (4). Talora viene equiparata all'inerzia (o viene fatto rientrare nell'inerzia) l'esercizio incompleto o negligente del diritto (5).

Per lo più, si nega invece che tale inerzia debba essere colpevole (6).

L'orientamento della dottrina attuale sul punto della colpa del debitore merita di essere approvato, quanto meno per la ragione seguente: che non sarebbe giusto far dipendere la tutela che l'art. 2900 ha voluto assicurare al creditore dalla circostanza, assolutamente accidentale, che l'inerzia del debitore sia o meno colpevole. Poichè, inoltre, il debitore trae dall'attività del creditore un evidente vantaggio, sarebbe irrazionale una norma, che proteggesse in misura maggiore il debitore colpevole, che non quello impossibilitato per forza maggiore ad interrompere una prescrizione, esperire un giudizio, sollevare un'eccezione, e così via.

---

(4) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 97; Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 152 e sgg.; Gioia, *Azione surrogatoria* cit., p. 63 e sgg. Aggiungi Giorgianni, *Dichiarazione* cit., p. 146 (per incidenza).

(5) Barassi, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 981; Messineo, *Manuale* cit., § 108; Masucci, *Azione surrogatoria* cit., n. 4, e ivi nota 29.

In questo secondo senso, anche la Cassazione (sent. 16 marzo 1953, n. 641, vedi in *Mon. Trib.* 1953, p. 178).

Si può ricordare che, secondo la Relazione del Guardasigilli, la parola « trascura » dell'art. 2900 fu preferita al termine tradizionale di « inerzia » proprio per comprendere anche quella mancanza di diligenza necessaria, che non sconfini nell'inattività vera e propria.

(6) Cicu e Nicolò, luoghi citt. Tuttavia il Cicu (App. al capo II, § 2) sembra pensare che la formulazione dell'art. 2900 possa dare adito a qualche dubbio. Il Nicolò, a sua volta, introduce la speciale rilevanza della « inerzia giustificata », che ripropone a sua volta il problema se l'inerzia normale sia quella « ingiustificata » (vedi op. cit., p. 153).

Si richiede tuttora l'inazione « maliziosa o negligente » in De Ruggiero Maroi, *Istituzioni* cit., II, p. 522.

Anche l'elemento sistematico milita a favore della soluzione qui accolta, poichè gli atti cautelari non sono di norma subordinati ad una colpa del debitore.

Nè si dica che la rilevanza della colpa del debitore inerte si impone per analogia con il regolamento dell'azione pauliana.

Invero, l'azione pauliana non esercitata in sede concursuale giova al solo creditore che la esercita, mentre l'azione surrogatoria giova anche ai concreditori. L'oggetto dello stato intellettivo che la legge richiede perchè il creditore possa procedere in via revocatoria risente di questa specifica funzione dell'azione pauliana, per cui verrà in considerazione la conoscenza « del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni *del creditore* » (ossia: del dato creditore che procede); in altre parole, la natura fraudolenta dell'atto dipende non già dalla generica scienza di compiere un atto di cattiva gestione, ma dalla specifica scienza di danneggiare quel dato o quei dati creditori.

Supposta la necessità della colpa ai fini dell'esperibilità dell'azione surrogatoria, come dovrebbe configurarsi tale colpa?

Se si richiedesse una colpa sussistente nei confronti del dato creditore, allora essa potrebbe anche sussistere nei confronti di un numero limitato di creditori; cosicchè poi non si spiegherebbe perchè gli altri creditori, i quali non potrebbero mai esperire l'azione surrogatoria, possano invece approfittarne quando altri l'abbia esperita.

Se invece la colpa del debitore inerte non dovesse dirigersi *nei confronti di un creditore dato*, ma fosse un semplice «aver potuto agire e non aver agito », allora qualsiasi parallelo con i presupposti dell'azione revocatoria verrebbe a mancare.

Si aggiunga che l'azione revocatoria presuppone la concreta scienza (e non, la semplice conoscibilità) del pregiudizio. Ogni assonanza fra i due istituti sfocerebbe in una evidente disparità quando in tema di surrogazione si chiedesse invece la colpa.

Soprattutto, poi, si deve osservare che l'inerzia del debitore produce una perdita netta del debitore ed un acquisto

netto per il terzo. Se un'analogia dovesse correre fra i presupposti della surrogatoria, e quelli della revocatoria, questa analogia dovrebbe prendere come punto di partenza il trattamento legale degli atti a titolo gratuito. Orbene, nell'ambito degli atti a titolo gratuito, taluni sono revocabili indipendentemente dallo stato subbiettivo del debitore (art. 192 cod. pen.; soprattutto, art. 64 legge fallim.).

La teoria della inerzia colposa, oggi giustamente abbandonata dalla dottrina, ha peraltro lasciato tracce in alcune applicazioni ammesse dagli autori. Ad es. si è insegnato, anche da chi non suole insistere sul requisito della colpa, che non si può esercitare in via surrogatoria un diritto del fallito, in quanto l'inerzia del fallito non sarebbe colpevole (7).

Così si vorrebbe fare un trattamento speciale alla « inerzia giustificata », e si è perciò detto che la stessa preclude al creditore l'azione contro il debitore per il rimborso delle spese incontrate nel procedimento esperito contro il terzo (8). Questa distinzione presuppone come dimostrato questo diritto al rimborso, spettante al creditore procedente. Ma, come si vedrà a suo tempo, il creditore agisce a proprie spese, salvi i comuni effetti dell'arricchimento di un soggetto, avvenuto a spese di altri.

Infine, si insegna che non costituisce inerzia il mancato esercizio del potere di costituire un diritto di garanzia speciale sul patrimonio di un terzo ampiamente solvibile (9). Se l'inerzia si concepisse in modo propriamente obbiettivo, si direbbe che in un caso simile manca il pericolo nell'ulteriore

(7) Vedi ad es. D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 104. Anche il NICOLÒ abbraccia questa conclusione, però aggiungendo alla motivazione comune un argomento nuovo, basato sulla asserita legittimazione esclusiva del curatore (sub art. 2900 cit., p. 152 e p. 158). Sulla questione cfr. oltre, § 16.

Anche in Francia si fa un certo credito della teoria secondo cui i diritti del fallito non possono farsi valere in via surrogatoria (per tutti BOSC, *Étude* cit., p. 156 e seg.).

(8) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 153.

(9) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 124.

ritardo e non, che manca l'inerzia. E' chiaro che l'insegnamento citato accoglie qui un concetto di inerzia, influenzato dal riferimento al criterio della amministrazione del bonus paterfamilias.

Venendo al contenuto della « trascuranza » di cui all'articolo 2900, è lecito abolire la sottodistinzione fra inerzia vera e propria ed esercizio insufficiente o negligente del diritto. Con riferimento ad un determinato diritto, se ne può certo imaginare un esercizio più o meno negligente. Esempi in tal senso saranno dati dall'esercizio iniziato e non proseguito (es.: citazione non seguita dalla proposizione degli ulteriori atti del giudizio), o dall'esercizio che si concreta nell'atto comparativamente meno efficace (ad es.: nella semplice costituzione in mora dell'obbligato, là dove lo si può perseguire fino al pagamento). Però ogni singolo atto di esercizio, se considerato a sè stante, non può che essere effettuato, od omesso: non esiste una gerarchia di diligenza nel compimento di un singolo atto di esercizio di un diritto o di un'azione (10).

Pertanto, se si prende come punto di riferimento, anzichè il generico esercizio di un dato diritto, un singolo atto di esercizio di un certo diritto, trascuranza ed inerzia, concettualmente, coincidono (11). Si può dire, se mai, che il riferimento alla trascuranza sta a delimitare le modalità cronologiche dell'inerzia, per significare che il creditore non è obbligato ad attendere che il termine di prescrizione o di decadenza del diritto o dell'azione sia prossimo, o che un altro avvenimento destinato a provocare la perdita del diritto o dell'azione sia imminente.

---

(10) La negligenza può sussistere solo in relazione con il modo di esercizio (ad es.: il titolare del diritto si difende in giudizio con cattive argomentazioni); ma questa forma di negligenza non interessa l'art. 2900 che considera insindacabile l'apprezzamento del debitore sul modo dell'esercizio (vedi Cass. 24 settembre 1953, n. 3043; la dottrina è conforme).

(11) Questo spiega perchè parte della dottrina parli, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, di inerzia, invece di usare il termine codicistico di trascuranza (vedi retro nota 1).

Anche con questo chiarimento, resta il fatto che la dottrina, quando deve definire gli elementi costitutivi dell'inerzia ed i suoi caratteri qualificativi, confessa esplicitamente il proprio imbarazzo (12), o sposta il problema (13), o, in qualche caso, ricorre a giochi di parole (14).

Peraltro due idee possono essere fissate senza eccessivi dubbi.

In primo luogo, un'inerzia darà luogo al potere surrogatorio, anche se protrattasi per brevissimo tempo, purchè il suo ulteriore protrarsi minacci di essere pregiudizievole.

Si immagini infatti che il debitore, nell'atto stesso in cui acquista un diritto verso un terzo, faccia sapere che non intende esercitarlo. Non c'è ragione di subordinare l'esercizio di tale rapporto da parte del creditore alla maturazione di un congruo periodo di inerzia.

Si pensi inoltre all'ipotesi in cui, all'udienza fissata per l'assegnazione di una somma ricavata da un esproprio forzato, siano presenti due creditori, di cui il primo sia munito di titolo affetto da vizio: è chiaro che il debitore ha diritto a sollevare tutte le eccezioni del caso; ma è altrettanto chiaro che, se egli non le solleva, il secondo creditore non può concedersi il lusso di attendere che l'inerzia del debitore perduri:

---

(12) Masucci, *Azione surrogatoria* cit., n. 4.

(13) In due modi: rinviando all'apprezzamento del giudice (Demogue, *Traité* cit., II, p. 341, e Laurent, *Principes* cit., XVI, n. 393), quasi che il giudice a sua volta non debba applicare la norma; o affermando che l'inerzia si perfeziona quando sorge il potere surrogatorio (questo è il succo che si può ricavare da Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 153: « Basta che l'inattività del titolare sia tale, o per il periodo di tempo per il quale si è protratto o per le condizioni personali del titolare — lontananza, ecc. — o per altri motivi, da giustificare la sostituzione del creditore e da non fare apparire questa come una illegittima o intempestiva interferenza nella sfera del debitore »).

(14) Il Masucci, *Azione surrogatoria* cit., n. 4, svolge il concetto legale di trascuranza nel concetto di inerzia. Dovendo poi definire l'inerzia, ne mette in rilievo i seguenti requisiti: « che il debitore sia titolare di un diritto o di un'azione; che trascuri di esercitarla ».

Al Gioia dobbiamo l'osservazione che non si ha la trascuratezza di cui dell'art. 2900 là dove il debitore ometta l'esercizio di un diritto per il fatto che lo stesso diritto è estinto (*Azione surrogaoria* cit., p. 64).

ogni indugio comprometterebbe irreparabilmente la posizione di questo secondo creditore.

A conforto di quanto detto si osservi che, se l'inerzia trascorsa ha già arrecato danni (decadenze, prescrizioni, alienazione del bene a terzo di buona fede), il creditore non vi può rimediare. Egli può prevenire soltanto i danni ipotetici, che verrebbero cagionati da un'eventuale inerzia futura.

L'elemento discretivo non sta dunque nella gravità o nella durata dell'inerzia; essa sta nel pericolo che il ritardo può cagionare al creditore.

In secondo luogo, nessuna inerzia, per quanto prolungata, può dispensare dall'ulteriore requisito del pregiudizio (su cui vedi il § seg.).

La trascuratezza dell'art. 2900 può dunque definirsi, in prima approssimazione, così: quella astensione la quale, se protratta, sarebbe pericolosa per il creditore.

Se questa considerazione è esatta, il requisito dell'inerzia si scompone in due elementi, che possono così formularsi:

a) la circostanza che il debitore non ha per il passato compiuto un certo atto di esercizio del suo diritto;

b) la circostanza che il mancato esercizio, se protratto per il futuro, può pregiudicare il creditore.

E' evidente che l'elemento sub *a*) è indice di un generico principio di prevenzione, che potrebbe anche esprimersi, con formula negativa nel modo seguente: il creditore non può compiere dati atti di esercizio, se questi sono già stati posti in essere dal debitore. A sua volta questo principio non può essere valido là, dove la reiterazione degli atti compiuti dal debitore sia necessaria per scongiurare un nuovo pregiudizio del creditore. Se queste sono le premesse, il motivo per cui il creditore non può efficacemente operare in via surrogatoria quando il debitore ha già operato nella stessa direzione va ricercato non tanto nel difetto del requisito dell'inerzia, quanto nel difetto dell'ulteriore requisito del pericolo.

In definitiva, la «trascuranza» dell'art. 2900 deve essere messa in relazione con il mero principio della prevenzione: e deve poi ridursi al criterio obbiettivo secondo cui, quando un

atto proveniente dal debitore è perfetto operante ed efficace, la sua reintegrazione da parte del creditore è o non è ammissibile, a seconda che possa apportare conseguenze nuove, capaci di scongiurare un pericolo.

Ne segue che, dei due elementi sopra ricordati sub *a*) e sub *b*), il primo può essere eliminato, perchè difetta di qualsiasi consistenza autonoma; il secondo deve invece essere tenuto in considerazione, ma viene ad identificarsi con un aspetto del requisito del pericolo, che la dottrina ha messo in evidenza come autonomo presupposto del potere surrogatorio. In sostanza, il creditore potrà agire tutte le volte che ciò sia necessario per evitare un pericolo; l'oggetto di questo pericolo non è l'insolvenza qualsiasi, ma l'insolvenza che sta per essere cagionata da una futura omissione.

Il comportamento omissivo e trascurato del debitore, o, più ancora, il suo rifiuto di agire, o l'impossibilità in cui egli si trovi, di procedere contro il terzo, servirà solo a rivelare od a determinare il pericolo, e quindi la necessità dell'iniziativa del creditore.

Quanto si è detto non è inconciliabile nè con la legge, nè con la tradizione, nè con la dottrina comune. Nella interpretazione qui accolta, il requisito della trascuranza non viene eliminato, ma viene semplicemente ridotto ad un elemento dell'ulteriore requisito del pericolo.

Quanto alla dottrina, essa si lega rigidamente alla necessità dell'inerzia solo nelle formulazioni generali. Quando poi scende al concreto, non configura l'inerzia come elemento costitutivo della fattispecie, ma rappresenta invece il comportamento attivo del debitore come un elemento impeditivo della fattispecie stessa (15), per cui riduce il principio dell'inerzia al principio della prevenzione. Inoltre, tende ad ammettere che in taluni casi la gravità del pregiudizio funga come elemento sostitutivo dell'inerzia (16), e completa il quadro con l'affer-

(15) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 166.

(16) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 61, a proposito dell'azione di revindica concessa al creditore pignoratizio. Vedi espresso lo stesso concetto, in forma generale, in App. Milano 25 maggio 1935 (*Foro Lomb.*

mazione che, almeno nell'ambito dell'esercizio stragiudiziale del potere surrogatorio, « il controllo ex post sulla esigenza di quel requisito... è di regola superato dal fatto stesso che l'atto conservativo è stato compiuto, e che il titolare non può avere normalmente un interesse apprezzabile a respingerne gli effetti » (17).

A ciò si aggiunga che la equiparazione fra inerzia e rifiuto di agire è saldamente radicata nella tradizione (18), e merita di essere mantenuta.

Abbiamo infine un caso, regolato espressamente dalla legge, in cui un creditore, legittimato in via surrogatoria, è dispensato dall'attendere la maturazione dell'inazione del debitore principale: si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 102 legge fallim., in cui tanto il curatore quanto ogni creditore può proporre la domanda di revocazione del decreto del giudice delegato.

§ 15. - Il pericolo (1).

Il legislatore non dice se, e in quale misura, debba sussistere l'attuale o potenziale insolvibilità del debitore.

1935, 195): « L'azione surrogatoria può essere proposta quando il creditore dimostri di avere inutilmente sperimentata l'azione contro il debitore diretto, e che questo sia in stato di insolvenza *oppure* si sia reso negligente ed inerte nell'esercizio del suo diritto contro chi a sua volta è debitore di lui ».

(17) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 153.

(18) A parte la dottrina francese, che è in questo senso, vedi App. Casale 28 aprile 1882, in *Giur. Casale* 1882, 193.

(1) Com'è noto, in luogo del termine pericolo si vede spesso usata l'espressione pregiudizio, tratta dal vicino art. 2901 cod. civ. La parola pregiudizio si può attagliare ad un concetto di danno (vedi art. 428 cod. civ.) come ad un concetto di semplice pericolo (come nell'art. 2901 cod. civ.), ed è utilizzata, per lo più, per indicare la conseguenza di un fatto dell'uomo (cfr. artt. 428, 2901 citt., oltre agli artt. 7, 10, 949, ecc. cod. civ.).

Nel nostro caso, la situazione a cui reagisce il creditore consiste sempre nel pericolo che si determini o si perpetui a danno del patrimonio del debitore una perdita od un mancato guadagno. La legge concede al creditore un'arma non già per reagire contro una perdita

La dottrina e soprattutto la giurisprudenza colmano la lacuna, ed affermano che solo il concreto pericolo che il creditore perda la garanzia della propria ragione giustifica l'iniziativa assunta dal creditore in via surrogatoria (2).

Si suole aggiungere che « il pericolo di perdere la garan-

---

verificatasi (di per sè, una perdita nel patrimonio del debitore non fa sorgere il potere surrogatorio), ma per sopperire all'eventualità che un'inerzia futura cagioni perdite nuove o consolidi perdite precedenti tali da determinare od aggravare l'insolvenza. Il procedimento surrogatorio previene dunque l'eventualità di un danno futuro, ossia reagisce ad uno stato di pericolo.

(2) Per tutti, Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71 (che fa del pericolo il requisito fondamentale della fattispecie), Masucci, *Azione surogatoria* cit., n. 4 (che sposta però il centro di gravità verso l'inerzia del debitore). L'insegnamento era questo anche sotto il codice abrogato (Giorgi, Venzi e Demogue, conforme alle esigenze del loro sistema, non chiedevano l'estremo del pericolo per l'esperimento dell'azione surrogatoria con finalità esecutiva).

La giurisprudenza ha un compito più delicato, perchè di volta in volta deve precisare quali siano i sintomi del pericolo. Si va dal criterio più rigoroso, secondo cui occorre la previa escussione dei beni presenti nel patrimonio del debitore (il che presupporrebbe però un titolo esecutivo nelle mani del creditore, senza cui nessuna escussione è possibile; per questo criterio vedi Trib. Firenze 14 giugno 1864, in *Rep. gen. giur. it.* 1860 - 1869, voce surrogazione; contra, Cass. 15 luglio 1932, n. 2784, e App. Genova 26 ottobre 1934, in *Temi gen.* 1934, 871), al criterio secondo cui occorre la generica insolvenza (App. Trieste 16 dicembre 1930, in *Foro Venezie* 1931, 292), o il difetto assoluto di altri modi di soddisfacimento (Trib. Palermo 29 maggio 1908, vedi mass. in *Rep. foro it.*, col 344; contra App. Bari 28 giugno 1929, in *Corte Bari* 1929, 388, mass.), al criterio secondo cui basta il pericolo di insoddisfacimento, come dato potenziale (App. Bari 16 marzo 1934, vedi mass. in *Rep. foro it.*, c. 425; Trib. Torino 19 giugno 1936, in *Giur. tor.* 1937, c. 221; App. Torino 6 novembre 1936, in *Foro it.* 1937, I, 492; Trib. Enna 28 marzo 1939, in *Rass. nissena* 1939, 158; App. Torino 12 giugno 1942, in *Foro it.* 1943, I, 418; App. Genova 30 giugno 1952, mass. in *Temi gen.* 1952, 336).

Talora, la giurisprudenza svaluta il requisito in esame elevando la sufficienza del patrimonio del debitore a fatto impeditivo della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio (Cass. 28 febbraio 1939, n. 692; contra, Cass. 14 aprile 1947, n. 547); qualche sentenza arriva a negare la necessità del pericolo riducendo tutta la fattispecie all'inerzia del debitore (App. Milano 5 maggio 1942, mass. in *Temi lomb.* 1942, 149), od ammettendo la reciproca fungibilità del pericolo e dell'inerzia (App. Milano 25 maggio 1935, mass. in *Foro lomb.* 1935, 195).

zia del credito costituisce sempre l'elemento centrale *che fa sorgere l'interesse del creditore*» (3).

Questa coppia di affermazioni merita di essere riveduta.

In primo luogo, il pericolo consiste non sempre nell'eventualità di una «perdita delle garanzie», ma anche nel rischio che non avvenga un aumento delle garanzie stesse (4).

Perciò si dovrebbe parlare di un generico pericolo di insolvenza del debitore, e non già, di uno specifico pericolo di perdita delle garanzie su cui può contare il creditore.

In secondo luogo, non sussiste un nesso stretto fra il pericolo pel creditore, quale elemento della fattispecie qui considerata, e l'interesse del creditore.

Il creditore ha interesse ad aumentare illimitatamente le proprie garanzie; tale interesse sussiste anche al di là dei limiti del pericolo serio, spingendosi fino alla prevenzione di quel pericolo soltanto ipotetico, improbabilissimo, ed evanescente, che è insito anche nell'impoverimento o nel mancato arricchimento del più ricco e solvibile fra i debitori.

Ciò è tanto vero, che taluni poteri cautelari sono attribuiti dalla legge al creditore, indipendentemente dal concreto stato di pericolo (ad es.: il potere di effettuare la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede). Così, quando sia minacciata la coesistenza della cosa, su cui grava un pegno od un'ipoteca, il creditore, nel limite in cui la legge gli concede un'azione, la può intentare senza che il convenuto possa dare la prova che il valore residuo è sufficiente a cautelare il creditore (5).

---

(3) Vedi questa formulazione, letteralmente, in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71, e, ad sensum, in MESSINEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146. Contro questo legame fra interesse e pericolo, vedi CICU, *Obbligazione* cit., p. 97.

(4) Con il mezzo surrogatorio non si pongono in essere soltanto fatti impeditivi di perdite di diritti, ma anche fatti acquisitivi di diritti, o fatti muniti di effetto retroattivo, idonei ad eliminare perdite perfezionatesi in antecedenza.

(5) Il NICOLÒ spiega l'azione del creditore pignoratizio, di cui all'art. 2789 cod. civ., invocando una (pretesa) maggiore intensità del danno derivante al creditore dalla violazione operata dal terzo (sub articolo 2900 cit., p. 61). Tale spiegazione è fondata solo se per danno si

Ora, se, com'è pacifico, il creditore ha in questi casi un concreto potere di azione, è ovvio che egli ha pure un interesse all'azione, e che tale suo interesse è stato riconosciuto, e favorevolmente valutato, dal legislatore.

Bisognerà dunque affermare che il creditore ha *sempre* interesse ad aumentare l'oggetto della garanzia generica, e ad esperire le azioni spettanti al suo debitore contro il terzo; che questo suo interesse generico non costituisce uno specifico requisito autonomo della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, poichè si presenta come elemento indefettibile di tutti i diritti soggettivi, poteri, e di ogni altra situazione giuridica favorevole; che, nell'ambito dei casi in cui questo

---

intende anche l'impedimento dell'attuazione di quella garanzia che forma il contenuto del pegno: ossia, se si ammette che costituisca danno, di per sè, la violazione del diritto del creditore. Ma, ragionando così, si incappa in un circolo vizioso. Se il danno si fa coincidere concettualmente con la violazione di un diritto, esso non avrà nulla a vedere col pericolo di cui all'art. 2900, che è invece un elemento di mero fatto (un requisito della fattispecie).

Se in tema di pegno si parla del danno come violazione di diritto, e in tema di azione surrogatoria si parla di pericolo come elemento della fattispecie, le due figure di pregiudizio non stanno sullo stesso piano.

Perciò si dirà che, in materia di ipoteca, è sufficiente, per reagire alle violazioni (oltre al generico interesse di cui all'art. 100 cod. proc. civ.), il pericolo della diminuzione anche lievissima del valore *della garanzia* (art. 2813 cod. civ.). In materia di pegno, si richiede l'interesse dell'art. 100, e l'ingerenza del terzo sulla cosa, essendo superfluo qualsiasi pericolo di danno. In materia di potere surrogatorio, si richiede l'interesse dell'art. 100, e il pericolo *dell'insolvenza* (non basta il pericolo generico di una diminuzione dell'oggetto della garanzia generica). Perciò, l'azione dell'art. 2789 presuppone la semplice ingerenza del terzo sulla cosa, l'art. 2813 presuppone il pericolo di una *qualsiasi* diminuzione della garanzia, e l'art. 2900 presuppone una diminuzione di valore (dell'oggetto della garanzia generica) *tale da trascinare con sè il pericolo dell'insolvenza*.

Si noti del resto che NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 63, attribuisce al potere di cui all'art. 2939 cod. civ. (potere del creditore, di far valere la prescrizione maturata a favore del debitore) natura surrogatoria. Egli dà atto, nel contempo, che ivi si prescinde dal requisito del danno: eppure è chiaro che il creditore ha interesse ad opporre la prescrizione.

interesse sussiste, il legislatore tutela il creditore solo quando intervenga il requisito ulteriore del ragionevole pericolo che perduri l'insolvenza attuale del debitore, o che si determini una insolvenza futura (6).

Se il requisito del pericolo non deriva da quello dell'interesse, resta da chiarire in base a quale norma lo si introduca nella fattispecie.

Premetto che non mi sembra opportuno il richiamo analogico con altri rimedii cautelari; l'azione revocatoria colpisce il terzo con una durezza particolare, e il sequestro conservativo, a sua volta, sacrifica in modo radicale il potere di disposizione del debitore; perciò la concessione della revoca o del sequestro potrebbero essere subordinati a requisiti più numerosi di quanto non avvenga per la concessione del potere surrogatorio (7).

Lo spunto testuale, decisivo ai fini di cui si tratta, è rap-

---

(6) La teoria dell'interesse come requisito equivalente al pericolo, sebbene infondata per le ragioni dette sopra, ha reso preziosi servigi sotto il codice francese e sotto il codice italiano abrogato. Poichè il legislatore non precisava il contenuto della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, la dottrina e la pratica cercarono di costruirne la fisionomia dando un particolare rilievo ed una notevole specificità all'interesse del creditore. Del resto, gli interpreti presero le mosse dall'interesse anche per tipizzare le qualità (certezza, esigibilità, liquidità) del creditore, e per imporre il requisito dell'inerzia del debitore.

Naturalmente, se il legislatore napoleonico non si curò di delineare i connotati della fattispecie di cui si tratta, ciò prova ancora una volta che l'art. 1166 non voleva attribuire al creditore uno specifico potere, ma voleva solo sancire la soggezione dei diritti e delle azioni all'esproprio.

Si noti ancora che il largo ricorso allo schema dell'interesse divenne comune negli autori francesi ben prima che la dottrina germanica mettesse in evidenza il nesso che intercorre in genere fra interesse e diritto. Si è visto a suo tempo, del resto, come lo stesso SALGADO ponesse l'interesse dei creditori a cardine del fondamento del loro potere surrogatorio.

(7) Per le ragioni dette sopra, l'analogia potrebbe invece operare (quando ne sussistessero i requisiti) nel senso opposto: tendenzialmente, il requisito del pericolo non può ritenersi più rigoroso ai fini dell'azione surrogatoria, di quanto non lo sia ai fini dell'azione revocatoria o del sequestro conservativo.

presentato da un inciso, contenuto nell'art. 2900 cit.; ivi si legge che il creditore può esercitare i diritti del debitore «... per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni... ». Si asserisce comunemente che tale espressione vale a codificare la cosiddetta «funzione» (conservativa, o esecutiva, o mista) dell'azione surrogatoria (8); e, in sede di semplice ricostruzione della concreta volontà dei redattori del codice, questa affermazione è del tutto plausibile. Ma, checchè sia della funzione conservativa o esecutiva che l'art. 2900 ha voluto imprimere al procedimento surrogatorio, resta il fatto che uno specifico fine di «assicurazione del soddisfacimento o della conservazione» delle ragioni è esplicitamente richiesto dal legislatore perchè sorga il potere di cui si tratta. Se questo fine di assicurazione dovesse costituire il semplice movente soggettivo del creditore che pretende di procedere ex art. 2900 cod. civ., non sarebbe necessario dirlo in un apposito testo legislativo. La legge esige un fine — diciamo così — oggettivizzato, ossia una obbiettiva idoneità dell'atto surrogatorio ad «assicurare il soddisfacimento o la conservazione delle ragioni» del creditore; o, in altre parole (meno asimmetriche di quelle legali) (9), una obbiettiva idoneità dell'atto posto in essere in via surrogatoria, a rendere più probabile (attraverso al mantenimento delle garanzie presenti o l'acquisto di garanzie nuove) una capienza patrimoniale che sarebbe altrimenti improbabile (10).

Per questa via si può agevolmente sostenere e dimostrare

---

(8) BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, p. 982; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 8, 16; MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4.

(9) Soddisfacimento e conservazione non stanno sullo stesso piano: ciò che si soddisfa è il credito, mentre ciò che si conserva è la garanzia. Credito e garanzia sono entità troppo eterogenee per confonderle nell'espressione «ragioni», contenuta nell'art. 2900.

(10) Cfr. NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 70.

Secondo il cod. civ. abrogato, questo requisito poteva essere richiesto solo ai sensi di un'equità affatto svincolata dalla legge (la dottrina francese lo ammette senza esitazioni, in ordine all'art. 1166 code Nap.).

la sussistenza del requisito del pericolo alla stregua della nostra legge (11).

Si noti che, secondo l'interpretazione ora esposta, il presupposto del potere surrogatorio è meno rigoroso del corrispondente presupposto stabilito dalla legge per l'esperimento della revocatoria (12) o per la concessione del sequestro conservativo (13).

Fin qui, com'è evidente, il requisito del pericolo è stato esaminato dal punto di vista quantitativo: ma i problemi più gravi sorgono quando si voglia accertare se, e fino a che punto, il creditore possa invocare, per agire in via surrogatoria, il pericolo che le garanzie apprestate dal debitore (pur essendo *quantitativamente* sufficienti) non siano *qualitativamente* quelle che egli può ragionevolmente desiderare.

Gli esempî da farsi in questa direzione sono svariatissimi, e non è detto che la ratio decidendi, valida per uno di essi, lo sia anche per tutti gli altri casi. Ecco di seguito una

---

(11) Ho ritenuto del tutto superfluo ricordare nel testo che i limiti quantitativi della capienza non coincidono necessariamente con l'ammontare del credito. Il creditore procedente ha diritto di tenere conto di ogni altra passività presente nel patrimonio del debitore, e, conseguentemente, di perseguire la formazione o il mantenimento di una garanzia tale da assicurare il soddisfacimento di tutte le passività esistenti (vedi illustrato questo concetto, con estrema chiarezza, in Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 69).

Peraltro, non è errato dire che il requisito dell'idoneità dell'atto a sventare il pericolo pone altresì un limite all'ambito del potere surrogatorio, oltrechè un aumento degli elementi della fattispecie (su questi problemi vedi anche il § 24).

(12) Per cui è richiesto il concreto pregiudizio, e non, la semplice eventualità di una futura insufficienza della garanzia, che può dipendere anche da un mancato acquisto.

(13) Per cui è richiesto il fondato timore di *perdita* di garanzia, e non la semplice eventualità di *insufficienza* della garanzia stessa.

Si giustifica così pienamente la corrente affermazione della migliore dottrina, secondo cui l'apprezzamento sulla sussistenza del requisito del pericolo « va fatto con una certa larghezza e comunque con minore rigore di quanto sia prudenzialmente necessario fare per l'accoglimento della revocatoria o per la concessione del sequestro conservativo ». (Così Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71, però sulla base di una libera valutazione degli interessi in gioco).

serie di ipotesi, parte delle quali già formulate dalla dottrina.

Taluno ha il diritto che il debitore gli trasferisca la proprietà di una cosa determinata. Il debitore, viceversa, aliena la cosa ad un terzo, ma l'atto di alienazione è affetto da un vizio. Si domanda se il creditore possa agire contro il terzo per impugnare ex persona debitoris l'alienazione, nonostante la larga solvibilità del debitore (14).

Supponendo che la risposta debba essere positiva, immaginiamo ora che lo stesso soggetto abbia un credito alternativo, in cui siano dedotte due prestazioni consistenti nella dazione di due cose certe e determinate; delle quali cose il debitore ha perduto il possesso. Il creditore potrà agire in via surrogatoria per la revindica di entrambe, o dovrà invece rivendicarne una sola?

Il creditore, tale in virtù di una obbligazione solidale passiva, ha davanti a sè alcuni debitori pienamente solvibili ed altri di dubbia solvibilità. Può agire per aumentare il patrimonio di un coobbligato meno solvibile, in quanto desideri escuterlo a preferenza degli altri? E inoltre (si noti che la seconda domanda differisce profondamente dalla prima): può egli agire per aumentare il patrimonio di *più coobbligati* meno solvibili, in modo da assicurarsi che l'esito della esecuzione sarà felice, chiunque sia il debitore che egli decida, ***in seguito***, di perseguire? (15).

Un creditore, tale in virtù di un'obbligazione solidale attiva, promuove un aumento del patrimonio del debitore, tale da assicurargli una congrua garanzia. Un altro concreditore solidale potrà agire a sua volta in ordine ad altri beni, per creare la possibilità di escutere quei beni che egli trovi più comodamente aggredibili?

Il creditore ha di fronte a sè un debitore solvibile: può egli agire per impedire quella specifica diminuzione di ga-

---

(14) Esempio già presente in Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 72.

(15) Vedi lo spunto per la prima questione, però in materia di azione revocatoria, nella sent. App. Roma 6 febbraio 1954, in *Foro pad.* 1954, I, 420.

ranzia che impedisca al creditore l'esecuzione sui beni più comodamente aggredibili (beni mobili facilmente commerciabili, ecc.) (16)? supposta la risposta affermativa, la individuazione dei beni comodamente aggredibili deve farsi secondo un metro oggettivo, o secondo il capriccio del creditore? sussiste un metro oggettivo, legalmente accolto, che gradui la maggiore o minore attitudine di un bene all'assicurazione del soddisfacimento delle ragioni del creditore?

Il creditore è munito di una garanzia specifica sufficiente alla sua cautela. Può egli, semprechè preferisca promuovere l'esecuzione su altri beni del debitore, curare l'acquisto al patrimonio del debitore di questi beni ulteriori, ovvero impedire che il debitore subisca la perdita di tali beni? (17).

Tutti questi problemi sorgono perchè il nostro diritto non ha preso una posizione chiara e netta sul seguente punto: se sussista un principio generale per cui tra credito garantito e apparato di garanzia deve sussistere soltanto una certa simmetria quantitativa; o se invece, nei casi qui sopra formulati, il creditore non contento della sufficienza quantitativa della garanzia possa esigere il moltiplicarsi delle garanzie stesse per assicurarsi la possibilità di un'esecuzione qualitativamente soddisfacente (18). Le norme da cui sarebbe lecito attendere un contributo chiarificatore appaiono monche.

Nel silenzio delle norme concernenti gli atti cautelari, sarà legittima una breve indagine sul terreno delle garanzie speciale e delle misure di esecuzione: che però sono regolate in modo disorganico. In particolare, il creditore garantito da ipoteca può promuovere il pignoramento di un bene (purchè non

(16) Questa questione è vista da Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71 in fondo.

(17) La questione non viene mai posta in questi termini. La dottrina antica discuteva addirittura se il creditore con garanzia speciale potesse mai agire in via surrogatoria. Vedi trattato questo problema ancora in Pacchioni, *Obbligazioni* cit., p. 137, naturalmente per la soluzione positiva.

(18) Risolto questo primo problema, bisognerà poi ancora discutere quale incidenza abbia sul fenomeno l'eventuale accordo tra le parti, volto a regolare diversamente la garanzia.

immobile) diverso dall'immobile ipotecato (la limitazione di cui agli artt. 2911 cod. civ. e 558 cod. proc. civ. vale nel solo caso in cui si promuova il pignoramento di *immobili* diversi da quello ipotecato); talora il pegno, ai sensi dell'art. 2799 cod. civ., garantisce il credito anche al di là di ogni rapporto quantitativo fra l'ammontare del debito e il valore della cosa (senza che tale sproporzione possa essere messa in rapporto con la preferenza del creditore per l'una o per l'altra frazione della cosa gravata da garanzia); però, se il creditore procede cumulativamente con i diversi mezzi di espropriazione forzata previsti dalla legge (e quindi, così mi pare, anche nel caso che il creditore promuova il pignoramento contro tutti i debitori solidali), il giudice può limitare l'espropriazione ai beni occorrenti al fine (rispettando la scelta del creditore, in modo che le sue preferenze qualitative siano salve; vedi art. 483 cod. civ.); il creditore pignoratizio non può sottoporre ad esproprio altri beni del debitore, se non procede contemporaneamente all'esproprio delle cose ricevute in pegno (art. 2911 cod. civ.); il socio di società semplice richiesto dei debiti sociali può domandare la preventiva escussione del patrimonio sociale solo indicando i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi (art. 2268 cod. civ.); infine, chi è tenuto a dare una garanzia, senza che ne siano determinati il modo e la forma, può prestare *a sua scelta* una idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela (art. 1179 cod. civ.).

Quegli studiosi i quali riducono il requisito del pericolo all'interesse del creditore, possono rispondere agevolmente ai problemi sopra enunciati; in ognuna delle ipotesi formulate si riscontra senza sforzo un interesse del creditore alla garanzia qualitativamente ritenuta migliore, od a quel dispositivo di garanzie che assicuri, pel momento dell'esecuzione, la concreta realizzazione del potere di scelta che la legge consente al creditore, e così via. Questo insegnamento, logicamente, ammette che, per l'attribuzione del potere surrogatorio, « basterebbe che [in difetto di tale potere] il creditore fosse costretto a svolgere una procedura esecutiva immobiliare invece di una più spe-

dita e meno costosa esecuzione mobiliare; che fosse costretto ad aggredire beni che si trovano in altre località e che siano di più difficile apprensione e così via » (19).

Secondo l'opinione ora riportata la norma largheggia nella tutela del creditore chirografario; tuttavia questi non potrà pretendere di tutelarsi con una garanzia multipla, per riservarsi fino al momento dell'esproprio il potere di scegliere il bene esecutando: egli potrà tutelare a mezzo del suo potere surrogatorio un dato compendio di beni (quantitativamente e qualitativamente sufficienti alla garanzia), purchè nel contempo rinunci all'idea di tutelare altre frazioni del patrimonio del debitore. In sostanza, anche a voler ammettere che il creditore possa, durante la stessa fase cautelare, scégliere discrezionalmente i beni su cui in seguito si svolgerà l'esecuzione, tuttavia la scelta così operata importerebbe (mi si passi il termine metaforico) una momentanea concentrazione del potere cautelare sui beni preferiti dal creditore. Questi sarà libero di spostare in seguito le sue preferenze ma non potrà mai procacciarsi un cumulo di garanzie su compendii diversi.

In secondo luogo, la scelta, pur avendo in sè qualcosa di discrezionale, non sarebbe — sempre secondo il punto di vista ora illustrato — capricciosa. Il passo citato obbiettivizza quanto possibile la gerarchia fra i beni del debitore, stabilita in base alla maggiore o minore facilità e comodità dell'esproprio.

E' chiaro che questa soluzione rappresenta la massima concessione imaginabile a favore del creditore. Non si potrebbe allargare ulteriormente la protezione del creditore senza abolire sic et simpliciter il requisito del pericolo (20).

---

(19) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71.

(20) Coloro che videro nell'ipoteca generale la matrice dell'azione surrogatoria ammisero che, per diritto comune, il requisito del pericolo fosse sconosciuto.

La negazione di tale requisito dovrebbe essere la conseguenza della teoria che vede nell'art. 2900 cod. civ. la traduzione concreta e l'applicazione consequenziale del principio della garanzia totalitaria, che si pretende essere annunciata nell'art. 2740 cod. civ. Però i rappresentanti di tale teoria hanno evitato questa conseguenza, trincerandosi dietro il pretesto del requisito dell'interesse del creditore.

Resta da vedere se la soluzione suesposta sia da accogliersi (21).

Innanzitutto, la soluzione ora illustrata comporta un inconveniente pratico: anche il debitore più solvibile dovrebbe sopportare la molesta ingerenza del creditore in ordine a quella frazione del suo patrimonio che sia costituita dai beni di meno costosa espropriazione e di più facile realizzo (22).

Ma, a parte questa considerazione pratica, non priva di valore ma non decisiva per l'accettazione della soluzione più rigida verso il creditore, sembra di dover prendere le mosse dalla constatazione che segue.

Nell'ambito dell'obbligazione di garanzia, di cui all'art. 1179, il debitore può prestare a sua scelta una idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficente cautela. Primeggia, nella norma citata, il principio della libertà del debitore, limitato dall'opposto criterio dell'idoneità della garanzia. La parola « idonea » suggerisce l'idea di una piena attitudine della garanzia al soddisfacimento delle esigenze non solo quantitative, ma anche qualitative, del creditore; e sembrerebbe sofistica l'opposta osservazione, che — in tema di cautele diverse dalle garanzie reali e personali — il legislatore si sia riferito alla sola « sufficienza » (che è un concetto quantitativo) dell'apparato di sicurezza. Fatto salvo il requisito dell'idoneità della garanzia, il debitore ha comunque un concreto e lato potere di scelta (fino al punto da poter preferire la prestazione di una garanzia personale alla prestazione di una garanzia reale). Sembra di

---

(21) Si può giudicare quasi paradossale che la nostra dottrina, la quale ha dedicato opere celebri e numerose all'esame della natura della situazione facente capo al creditore, ed avente ad oggetto i beni del debitore, non si sia curata maggiormente di illustrare i limiti quantitativi e qualitativi dei singoli poteri in cui si snoda il cosiddetto controllo gestorio. Altrettanto singolare può apparire il silenzio della letteratura, dedicata all'obbligazione solidale, sul modo come opera in tale ipotesi il controllo gestorio concesso al creditore.

(22) Si noti, che, mutatis mutandis, l'ingerenza potrebbe concretarsi anche con l'esperimento di azioni revocatorie, o con sequestri conservativi.

dover aggiungere che l'inidoneità di una garanzia non coincide con la semplice scomodità dell'esproprio.

Peraltro, il principio della libertà del debitore, sancito dall'art. cit., potrebbe essere un'applicazione del principio dell'interpretazione del negozio a favore del promittente.

Questo dubbio impedisce di concludere senz'altra indagine per l'esistenza di un principio generalissimo di libertà del debitore, valido anche in tema di garanzia generica. Bisognerà dunque estendere la ricerca ad altre norme ed altri istituti.

Nell'ambito dell'esecuzione forzata, l'individuazione dei beni da escutere avviene pro parte ad opera del creditore (il quale sceglie insindacabilmente l'esecuzione mobiliare, immobiliare, o di crediti, salva l'unica limitazione posta dall'art. 2911 cod. civ. a carico del creditore fornito di pegno), pro parte ad opera dell'ufficiale giudiziario che si deve ispirare ad una gerarchizzazione dei beni secondo criterii obbiettivi (art. 517, 2° co., cod. proc. civ.), pro parte ad opera del debitore nei limiti in cui non vi sia pregiudizio per il creditore (art. 517, 1° co., cod. proc. civ.). Quale di questi modi di scelta sta ad esprimere un principio generale valido anche nella fase cautelare?

La misura cautelare ha, sul patrimonio del debitore, effetti meno drastici che non la misura esecutiva; per cui, a prima vista, un maggior potere concesso al creditore in questa fase non sembrerebbe stridere; peraltro, nella fase dell'esecuzione, il sacrificio della libera disponibilità del patrimonio da parte del debitore appare come qualcosa di ovvio, mentre tale libera disponibilità merita di essere salvaguardata quanto possibile nella fase cautelare. Inoltre, si osservi che qui si fa il caso di un creditore già quantitativamente garantito (il che, crea una nuova disparità rispetto al creditore che procede all'esecuzione; ove il creditore agisse in sede cautelare per ovviare all'insufficienza quantitativa della garanzia il problema ne uscirebbe ulteriormente modificato) (23). Tanto basta per escludere che

(23) Il creditore che, essendo sfornito di una garanzia quantitativamente sufficiente, provvede a munirsene, si può giovare in una certa misura di un potere di scelta capriccioso.

nelle due diverse fasi il problema della scelta debba essere risolto in base ad una medesima ratio; e per impedirci inoltre di affermare che il favor debitoris (sempre in punto di scelta) debba essere necessariamente maggiore nella fase cautelare, di quanto lo sia nella fase esecutiva.

Arbitrio del creditore, gerarchizzazione obbiettiva dei beni, scelta del debitore, sono i tre criterii messi a profitto dall'art. 517 cit. Fra questi tre criteri deve trovarsi la soluzione del nostro problema, non perchè l'art. 517 possa applicarsi per diretta analogia alla misura cautelare, ma perchè, oltre a quei tre criterii, difficilmente se ne troverebbe un altro.

La scelta capricciosa del creditore è inammissibile nella fase cautelare, perchè incompatibile con la stessa misurazione oggettiva dell'« idoneità dell'atto posto in essere in via surrogatoria ad assicurare la capienza del patrimonio del debitore » (su cui vedi retro, p. 139).

La massima concessione che si può tentare di fare all'interesse del creditore all'idoneità qualitativa dei beni sarebbe dunque rappresentata dal criterio obbiettivo (adombrato anche dall'art. 2268 cod. civ. cit., dettato dal legislatore per un caso particolare) dell'attitudine comparativamente maggiore di taluni beni alla funzione di garanzia.

Questo criterio, come si è già accennato, deve essere escluso per l'assenza, nel nostro diritto, di un chiaro criterio legale di gerarchizzazione dei beni secondo la loro specifica comparativa attitudine alla funzione cautelare (24). Inoltre, esso sacrifiche-

(24) Il metro legale dell'art. 517, 2° co., cod. proc. civ., ottimo in sede di pignoramento, non può essere esteso (perchè inidoneo) ai fini dell'art. 2900 cit. Infatti i beni fungibili e consumabili ivi considerati (indicatissimi per l'esproprio perchè di facile realizzo) possono invece essere distratti con grande facilità nelle more intercorrenti fra l'esperimento del procedimento surrogatorio e la successiva esecuzione forzata.

L'art. 1179 cod. civ., quand'anche lo si consideri come una norma sull'interpretazione del negozio, lascia supporre a sua volta che il legislatore rinneghi ogni rigida gerarchizzazione legale fra i varii beni. Infatti, se il legislatore avesse creduto a tale gerarchizzazione, avrebbe dovuto considerare l'interpretazione della promessa di garanzia, condotta secondo il principio della libertà del debitore, come contrastante

rebbe il debitore in modo inopportuno, bloccando costantemente la frazione del suo patrimonio che appaia comparativamente più adatta per un agevole soddisfacimento del creditore.

La scelta spetterà dunque al debitore « quando non v'è pregiudizio pel creditore ». Questo è anche lo spirito dell'art. 517, 1° co., che, se non può essere richiamato in virtù di un ricorso all'analogia, appare però, per le ragioni dette da ultimo, come il sintomo di un principio generale (25), valido in materia di esecuzione come in materia cautelare.

Perciò, in via di massima, il creditore potrà intervenire anche per modificare o per conservare l'attuale composizione qualitativa del patrimonio del debitore, quando provi di dover evitare uno specifico pregiudizio (da non confondersi con una semplice minore comodità nella procedura di esproprio), concretantesi nell'obbiettiva inidoneità qualitativa dei beni che il debitore vorrebbe lasciare soggetti alla garanzia generica.

Tale pregiudizio consisterà in una res facti, da accertarsi

---

con la funzione essenziale della stessa premessa: ed avrebbe perciò considerato incompatibili i due diversi principii della libertà del debitore, e della idoneità della garanzia.

La inesistenza di una gerarchizzazione legale fra beni risulta indirettamente dalla seguente considerazione: che la tipica ipotesi in cui il creditore si lagna della trasformazione qualitativa del patrimonio del debitore è rappresentata dal caso del debitore che venda i proprii fondi, trasformando così beni immobili in beni mobili fungibili. Però, reciprocamente, Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71 in fondo, volendo proporre l'esempio di un creditore avente interesse ad una particolare composizione del patrimonio del debitore, ipotizza il caso di un creditore che, pur potendosi giovare di una cospicua garanzia immobiliare, tuttavia persegue una garanzia su cose mobili, il cui esproprio è meno costoso.

Si vede dunque che, de facto, la garanzia immobiliare è sotto certi aspetti migliore, ma sotto altri aspetti peggiore della garanzia mobiliare.

Quanto al fenomeno sopra accennato, per cui si suole concedere una misura cautelare al creditore quando la composizione del patrimonio del debitore si trasformi di immobiliare in mobiliare consumabile, si cercherà di darne una spiegazione oltre, nel testo.

(25) Che si può esprimere facendo perno sull'interesse del debitore (giuridicamente tutelato) a subire la minor molestia possibile da parte del creditore.

di volta in volta. Solo il criterio del pregiudizio così inteso (pregiudizio dipendente dalla qualità, anzichè dalla quantità) può spiegare la consueta ed indiscussa prassi giudiziale, per cui la trasformazione in denaro dei beni infungibili appartenenti al debitore apre le porte ai due rimedii dell'azione revocatoria (se la trasformazione è ormai avvenuta, e se sussistono gli altri presupposti dell'azione), e della concessione del sequestro conservativo (se la trasformazione è in corso).

Il problema si presenta alquanto diverso quando il creditore abbia una garanzia speciale (pegno, ipoteca, privilegio speciale) quantitativamente sufficiente per la sicurezza del suo credito.

Da un lato, la garanzia reale non dovrebbe causare una limitazione dei poteri del creditore, per non ridurre il creditore pignoratizio, ipotecario, con riserva di proprietà, ecc., in una situazione deteriore rispetto ad ogni altro creditore. D'altronde non si deve dimenticare che, se al creditore ipotecario non è precluso l'esproprio di cose mobili e di crediti, tuttavia al creditore pignoratizio è precluso l'esproprio di beni diversi da quello ricevuto in pegno, ed allo stesso creditore ipotecario è preclusa la subasta immobiliare di fondi diversi da quello ipotecato (sempre che questo sia sufficiente alla copertura del credito): per cui si potrebbe anche prospettare una diversità di trattamento fra il creditore ipotecario, il quale agisca per la tutela del patrimonio immobiliare del debitore, ed ogni altro creditore munito di garanzia.

In favore della soluzione che preclude al creditore, nel caso in esame, l'azione surrogatoria (26), si potrebbe configurare la dazione di una garanzia non soltanto come fonte di un commodum per il creditore, ma anche come adempimento di un onere per il debitore, il quale si libererebbe così da ogni molestia che il creditore si predisponga ad arrecargli, col fine di cau-

---

(26) E' questa la soluzione accolta dal Nicolò a p. 85 dell'op. cit.; la dimostrazione ivi data non è però particolareggiata.

telarsi (27). Ammessa questa costruzione della garanzia, l'atto costitutivo di garanzia importerebbe altresì un sacrificio dello stesso creditore, il quale rinuncerebbe ad ogni ulteriore iniziativa meramente cautelare sul patrimonio del debitore (salva sempre l'ipotesi di insufficienza *quantitativa* della garanzia prestata).

Questa seconda soluzione sembra più vicina al vero.

Se, come si è visto pocanzi, il debitore può in via di massima determinare a suo piacimento, qualitativamente, la composizione del suo patrimonio, *salvo il solo limite del pregiudizio del creditore derivante dall'oggettiva inidoneità della garanzia generica apprestata,* si deve presumere che questo limite sia pienamente osservato quando nel patrimonio oggetto della garanzia si trova un bene, a cui la legge o il consenso del creditore hanno attribuito la qualità di specifica garanzia, e quindi riconosciuto la qualità di bene idoneo a garantire (28).

La terza ipotesi, sopra considerata, si concreta quando un creditore abbia di fronte a sè più debitori solidali, di cui taluni solvibili e altri meno. Potrà egli (procedendo in via surrogatoria) procurare il mantenimento o l'aumento della consistenza del patrimonio di uno dei debitori meno solvibili? potrà addirittura adoperarsi per la consistenza del patrimonio di *tutti* i debitori meno solvibili, cumulativamente, onde ottenere che il patrimonio di ciascuno di essi sia sufficiente alla copertura del credito?

La risposta positiva alla prima domanda risulta accolta

---

(27) Questa concezione della garanzia potrebbe essere suggerita dall'art. 1186 cod. civ., secondo cui il debitore decade dal termine se non fornisce le garanzie promesse, e dagli artt. 684, 648, 2° co., 98, 1° co., cod. proc. civ., secondo cui il soggetto (presunto o eventuale debitore) conserva una più marcata libertà nell'esercizio dei suoi diritti, in quanto abbia fornito un'idonea garanzia al (presunto od eventuale) creditore.

(28) Un'eccezione può ammettersi quando la garanzia specifica venga prestata dal debitore dopo la nascita dell'obbligazione. In questo caso, l'accettazione della garanzia da parte del creditore non avrà quel carattere univoco e concludente a cui si allude nel testo.

in un precedente giurisprudenziale (29). Si adducono a favore della tesi, essenzialmente, le seguenti ragioni: che, in difetto di contraria disposizione di legge, la pluralità di obbligazioni trae con sè la pluralità di garanzie generiche; che la pluralità di garanzie è desumibile dalla giuridica possibilità riconosciuta al creditore, di agire contro più debitori in executivis; che la pluralità di garanzie è indispensabile per non svuotare di fatto il potere del creditore, di scegliere, ai fini dell'esecuzione, quel debitore che più gli piaccia.

Queste ragioni sembrano controvertibili. La derivazione logica della pluralità di garanzie generiche dalla pluralità di obbligazioni fa presa su un concetto più scientifico che legislativo dell'obbligazione solidale (30), e non pregiudica la soluzione

---

(29) App. Roma 6 febbraio 1954, pubblicata in *Foro pad.* 1954, I, 420. Tale decisione, concedendo ad un creditore di agire in via revocatoria contro un atto di alienazione del debitore meno solvibile, non ha avuto occasione di precisare se il creditore avrebbe potuto esercitare un simile potere, cumulativamente, contro più debitori solidali.

(30) Anche in sede scientifica, la pluralità delle obbligazioni contratte in solidum è opinabile. Se si prendono le mosse dal dovere di prestare, le obbligazioni sono indubbiamente più di una. Se si ammette che « nell'obbligazione moderna non è tanto il contegno di cooperazione del debitore quanto la prestazione in sè, nella sua consistenza oggettiva » (così Betti, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 136), ovvero che « il diritto del creditore ha per oggetto il bene a lui dovuto, e non il comportamento personale del debitore » (Nicolò, *Adempimento* cit., passim, e da ultimo sub art. 2900 cit., p. 19 nota 2), bisognerà concludere che il rapporto solidale si concreta in un solo credito.

Del resto, i possibili « concetti » dell'obbligazione solidale non debbono pregiudicare in alcun modo la soluzione dei singoli problemi pratici: se mai, ove si voglia tenere il « concetto » aderente al diritto positivo, la soluzione normativa dei problemi pratici dovrà pregiudicare la costruzione del concetto; e non viceversa. A ciò si aggiunga che il concetto monistico dell'obbligazione solidale importerebbe taluni vantaggi pel creditore (ad es.: responsabilità di tutti i condebitori se uno di essi rende impossbiile la prestazione per propria colpa), ed alcuni vantaggi per il debitore (ad es.: l'onere di prestare la garanzia generica, quando sia assolto da uno dei debitori, si considera assolto nei confronti di tutti i condebitori). Il concetto pluralistico, a sua volta, distribuirebbe i vantaggi, in modo reciproco, fra debitori e creditore. Resta da vedere se il legislatore si è ispirato al criterio della fedeltà ad un concetto preformato (dell'obbligazione unica, o plu-

del seguente problema: se i molti patrimonii dei debitori co-
stituiscano una garanzia unitaria da considerarsi globalmente,
capace quindi di comprimersi fino al limite del valore del cre-
dito; o se invece essi rappresentino una pluralità di garanzie
autonome, ognuna delle quali deve mantenere il livello neces-
sario per l'assicurazione del soddisfacimento del credito.

Quanto al potere del creditore, di effettuare l'esecuzione
pro toto contro più debitori cumulativamente, tale premessa
non sembra fondata (31): ma, ove anche lo fosse, non va dimen-
ticato che in sede cautelare il creditore non ha sempre la stessa
ampiezza di poteri, di cui gode in sede esecutiva (cfr. il caso
del creditore ipotecario, che può promuovere l'esproprio di cose
mobili diverse da quelle ipotecate, senza previa rinunzia al
pegno; mentre, secondo l'opinione sopra illustrata ed accolta,
non potrebbe normalmente promuovere simmetriche misure
cautelari; e cfr. soprattutto il ben più capriccioso potere di scelta,
spettante al creditore che procede all'esecuzione forzata, in
confronto al più limitato potere del creditore, il quale pre-
tenda di cautelarsi in modo qualitativamente soddisfaciente).

Nè mi sembra che dal potere del creditore, di rivolgere
la sua azione contro un debitore di sua scelta, si debba deri-
vare necessariamente l'ulteriore potere di tutelare la pratica
realizzabilità di questa scelta, attraverso alla protezione della
consistenza dei patrimonii dei debitori.

Innanzitutto, il cosiddetto potere di elezione del credi-
tore potrebbe essere della stessa natura del potere, che gli spetta
senza dubbio, di scegliere fra i varii mezzi di esecuzione: sem-
plice potere di fatto, che il debitore può lecitamente frustrare,

---

rima) o al criterio della costante tutela degli interessi di una data
parte (al criterio del favor creditoris; o del favor debitorum); o quale
ulteriore linea programmatica (più o meno armonica od eclettica)
abbia seguito (per la direttiva della pluralità di garanzie vedi l'art. 62
legge fallim.).

(31) O meglio, il creditore potrà iniziare un'esecuzione siffatta
ma i debitori ricorreranno al giudice ai sensi dell'art. 483 cod. proc.
civ. Non sembra che dagli artt. 1292, 1306 cod. civ. si possa desumere
l'inapplicabilità al nostro caso dell'art. 483 cit.

sia eliminando dal proprio patrimonio questa o quella cate-
goria di beni (sempre sotto l'osservanza del limite del pregiu-
dizio del creditore), sia adempiendo.

In secondo luogo, ove anche il potere di elezione si con-
cepisca come potere giuridico vero e proprio, più energicamente
tutelato che non il generico potere di scelta dei beni espro-
priandi, non è detto che tale potere di elezione debba creare
un assoggettamento duraturo dei patrimonii dei vari debitori.
Si potrebbe concepire questo potere come tutelato nel solo mo-
mento in cui lo si esercita; per cui il creditore potrebbe scegliere
quale patrimonio colpire con le sue misure cautelari, così come
in seguito potrà scegliere il patrimonio, destinato ad essere col-
pito con gli atti esecutivi.

Nè si dica che, in questo modo, il potere di elezione del
creditore, ed il vantaggio derivante dalla solidarietà verrebbero
frustrati. Tanto il potere, quanto il vantaggio, di cui si tratta,
continuerebbero a sussistere ed a rendere utili servigi, in
quanto: il creditore avrebbe pur sempre il potere di scegliere
i bersagli dei suoi atti cautelari fra tutti i patrimonii dei debi-
tori (purchè non pretenda di cumulare rimedii cautelari quan-
titativamente pleonastici); e purchè la pluralità di patrimonii
(anche se considerata, ai fini delle garanzie, come un unico
complesso patrimoniale) rappresenterà pur sempre una garan-
zia maggiore di ogni patrimonio singolo (32).

Dopo queste premesse, sembra che anche in tema di obbli-
gazione solidale il creditore possa agire in via surrogatoria per
la conservazione o l'aumento delle garanzie solo nei limiti co-
muni del pericolo che risulti inidonea, quantitativamente o

---

(32) L'obbligazione solidale ha lo scopo di evitare che l'esistenza
di un insolvente fra i più debitori debba portar danno al creditore
(vedi questa definizione, testualmente, in CROME, *Teorie* cit., p. 213).

Per neutralizzare l'insolvenza di un solo debitore, è sufficiente la
corresponsabilità degli altri obbligati. Il criterio della garanzia plu-
rima presupporrebbe all'opposto la correlatività fra insolvenza di un
solo debitore, e pregiudizio del creditore.

qualitativamente, la complessiva garanzia generica che gli è apprestata (33).

Naturalmente, ove i diversi debitori debbano prestare con modalità diverse, o possano giovarsi di eccezioni diverse, ecc., l'insufficienza qualitativa di un certo compendio di beni potrà derivare dalla circostanza che tali beni appartengono ad un debitore che ha mosso contestazioni (stragiudiziali o giudiziali) sul diritto del creditore, o ad un debitore il quale sia tenuto con modalità (es.: termine) meno vantaggiose per il creditore, ecc. (34).

Quando il potere surrogatorio si innesti su di un'obbligazione solidale attiva (35), si può applicare senza inconvenienti il principio generale sopra enunciato: purchè la garanzia generica sia quantitativamente sufficiente, il creditore non può opporsi a mutamenti della composizione del patrimonio del debitore, finchè non sia in gioco un suo pregiudizio. Poichè nel caso normale il pregiudizio di un creditore sarà il pregiudizio di tutti i creditori, reciprocamente l'assenza di pregiudizio di un creditore implicherà assenza di pregiudizio per tutti (36).

---

(33) Così sussiste una certa simmetria fra adempimento dell'obbligazione solidale, ed adempimento dell'onere di costituire un'idonea garanzia generica. Come l'adempimento dell'obbligo, da chiunque provenga, libera i coobbligati, così la costituzione dell'idonea garanzia generica da parte di un condebitore solleva ogni altro condebitore dal peso delle possibili ingerenze del creditore.

(34) Non credo insuperabile questa ulteriore obbiezione: che le misure cautelari possono essere invocate anche dai condebitori contro il condebitore, e che sarebbe ben strano negarle proprio al creditore principale. Io ritengo che le misure cautelari spettino al concreditore per la tutela della sua azione di rilievo (concessa dall'art. 1953 cod. civ. al fideiussore, ma suscettibile di ben più vaste applicazioni). Questa azione, com'è ovvio, non sussiste nella sfera giuridica del creditore principale.

(35) In tema di obbligazione solidale attiva, la dottrina ha talora precisato (sulla scorta dei motivi del code Nap.) che ogni singolo concreditore può compiere gli atti cautelari per l'intiera cifra (cfr. BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obbligations* cit., II, n. 1147); però non si è pronunciata sul problema di cui nel testo.

(36) La situazione è simmetrica rispetto a quella richiamata retro, nota 33: l'adempimento dell'onere di apprestare la garanzia generica,

La dottrina migliore ha felicemente risolto il problema della correlazione fra la forma specifica nell'adempimento, e la forma specifica nel controllo gestorio: il creditore può ricorrere a misure cautelari non solo con lo scopo di garantire la solvibilità del debitore, ma anche con lo scopo di garantire la probabilità di un adempimento (qualitativamente esatto), e la possibilità di una esecuzione in forma specifica (37).

Secondo gli schemi qui accolti, tale soluzione è piana: in un sistema normativo tutto orientato verso l'esecuzione in forma specifica, il «principio» della libertà del debitore nella scelta delle garanzie da apprestare con il solo limite del pregiudizio del creditore genera de plano il principio del diritto del creditore di indirizzare l'apparato della prevenzione e della coazione verso il soddisfacimento del suo specifico interesse (38). Infatti l'impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica costituisce di già un pregiudizio nel senso della legge. Il principio di specificità opera anche quando il creditore sia fornito di garanzia speciale (pegno o ipoteca), in quanto, al creditore che intende procedere per la protezione del suo interesse, non si può opporre che nessun pregiudizio in senso legale può derivare dalla sottrazione o dalla perdita del bene specificamente dovutogli.

Fra tutti i casi a suo tempo prospettati rimane aperto quello dell'obbligazione alternativa, nelle sue varie sottospecie (caratterizzate dall'attribuzione della scelta al creditore, al debitore od al terzo).

---

se effettuato spontaneamente nei riguardi un creditore, libera anche di fronte agli altri; e mancando questo spontaneo adempimento, la prevenzione (come decide a chi il debitore debba pagare) così decide quali, fra più beni qualitativamente equivalenti, debbono essere colpiti da misure cautelari.

(37) Vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 72.

(38) Come si è ricavato il principio della libertà del debitore dall'art. 517 cit., così il principio generale della specificità della garanzia e dell'esecuzione si ricava dagli artt. 2930 e sgg. cod. civ. Anche questi artt. non sono estensibili per analogia alla fase cautelare, per cui bisognerà risalire, ai sensi dell'art. 12 preleggi, ad un principio generale, immanente negli artt. citt.

Supposta sempre la sufficienza quantitativa della garanzia generica, e supposto peraltro che nella obbligazione vengano dedotte più prestazioni di dare cose determinate, sorge il problema se, quando la scelta spetta al creditore, questi possa assicurare la garanzia specifica in ordine a tutte le possibili prestazioni.

Verrebbe spontaneo, almeno a prima vista, un parallelo fra l'obbligazione alternativa con scelta al creditore, e l'obbligazione condizionale. Sebbene l'obbligazione alternativa non possa scomporsi in una pluralità di obbligazioni condizionali (39), tuttavia la ratio della protezione del creditore alternativo in ordine ad ogni singola prestazione può apparire strettamente analoga alla ratio della protezione del creditore condizionale (40). Dati i principii qui accolti sulla risolubilità del potere surrogatorio del creditore condizionale, si dovrebbe concludere che gli effetti dell'atto posto in essere in via surrogatoria al fine di tutelare l'integrità di una delle res certae dovute dovrebbero risolversi quando, in forza della scelta, risulti dovuta un'altra res (41).

Si obbietterà che questo risultato è ingiusto perchè la condizione (salva la diversa pattuizione) retroagisce (art. 1360 cod. civ.), mentre nulla di simile è disposto in ordine alla scelta. Conviene perciò abbandonare il terreno dell'analogia fra condizione ed atto di scelta, ed ispirare la soluzione del problema in esame ad altre considerazioni.

Si potrebbe innanzitutto ricordare che le misure cautelari prese dal creditore per rendere possibili le esecuzioni in forma specifica delle varie prestazioni mirano alla tutela del suo

---

(39) ALLARA, *Nozioni*, cit., cap. XI, n. 17.

(40) La eadem ratio sta in questo: che tanto prima del verificarsi della condizione, quanto prima dell'atto di scelta sussiste un'incertezza intorno all'essenza del dovuto (in un caso, intorno all'an debeatur; nell'altro caso, al quid debeatur).

(41) Ricordo ancora una volta che la eliminazione degli effetti del procedimento surrogatorio nuocerà esclusivamente al debitore ed ai concreditori, e gioverà esclusivamente al terzo. Nel momento della risoluzione, l'autore dell'atto surrogatorio è ormai disinteressato.

potere giuridico di scelta: e che, per la normale tutela di tale potere, è necessario che le misure cautelari siano cumulative (42).

Con un criterio opposto, si potrebbe sostenere che il creditore, in quanto ha il potere di scegliere, ma non il potere di cumulare più pretese, deve essere ammesso a scegliere la garanzia più soddisfacente, ma non, invece, a cumulare più garanzie. In tal modo si riprodurrebbe, nella fase cautelare, una situazione simmetrica rispetto a quella che si verifica nella fase dell'adempimento.

Una volta accolto il sistema delle garanzie plurime in funzione della tutela del potere di scelta del creditore, tale soluzione non avrebbe giustificazione nel caso in cui la scelta spetti al terzo. Viceversa, ove si accolga il criterio delle garanzie plurime risolubili (ovvero il criterio delle garanzie plurime non risolubili, però motivato senza ricorrere all'idea della tutela del potere di scelta del creditore), questa soluzione sarebbe idonea anche per il caso in cui la scelta spetti al terzo.

Sembra del resto che l'un criterio di soluzione non escluda logicamente l'altro; si invocherà, di volta in volta, il principio che attribuisce al creditore un potere più lato. Quando la scelta spetti al creditore questi potrà tutelare, tramite il suo potere di procedere in via surrogatoria, anche il suo potere di scelta: e pertanto, nelle condizioni anzidette, potrà esercitare efficacemente tutti i diritti e le azioni del debitore attinenti ai due (o più) beni certi alternativamente dovutigli.

Per l'ipotesi in cui la scelta spetti al terzo, il creditore po-

---

(42) Non credo che questa soluzione striderebbe con l'accoglimento di una soluzione diversa in tema di obbligazione solidale passiva. Il potere di scelta del titolare di credito alternativo ha una funzionalità ed una autonomia, che mancano invece al potere di elezione, quale spetta al creditore di più debitori in solidum. Nel primo caso la scelta opera la concentrazione, e nel secondo caso no. Inoltre, qualsiasi debitore solidale può efficacemente prestare svuotando di contenuto il potere di elezione del creditore; mentre è ovvio che il potere di scelta del titolare di credito alternativo non può essere svuotato dal debitore mediante l'adempimento.

trà esercitare gli stessi diritti nella stessa misura, salva la risoluzione degli effetti dei suoi atti pel caso in cui l'obbligazione si concentri su un bene diverso da quello che egli ha conservato o recuperato.

Per l'ipotesi in cui la scelta spetti al debitore, sembrerebbe a prima vista che il creditore non possa proteggere una garanzia qualitativamente corrispondente al bene dovuto, se non quando si minacci la perdita di tutti i beni alternativamente dovuti.

Ma questa soluzione non è incontrovertibile. Supponiamo che Tizio debba una certa macchina od un certo fondo e che la macchina cada nelle mani di un possessore illegittimo. Nulla gli può impedire di scegliere la dazione della macchina, dato che la minor facilità di trasferirne il possesso non costituisce impossibilità oggettiva dell'adempimento. Perchè il creditore non dovrebbe poter esperire la revindica? Sotto un certo aspetto, il creditore ha maggior interesse a mantenere integre le cose alternativamente dovutegli proprio quando la scelta spetta al debitore (che potrebbe rendere problematica una determinata prestazione, per poi concentrare su di essa la obbligazione); mentre, quando la scelta spetta al creditore, questi potrà proteggersi contro simili evenienze mediante l'oculato esercizio del potere di scelta.

Del resto, quella certa affinità fra condizione e scelta, a cui si è accennato sopra, sussiste anche nel caso in cui la scelta spetti al debitore.

Perciò, anche quando (essendo il debitore tenuto alternativamente a più prestazioni) la scelta spetti al debitore stesso, il creditore (indipendentemente dalla generica solvibilità dell'obbligato) può conservare od acquistare al patrimonio del debitore, procedendo in via surrogatoria, quei beni che rendano sicura l'esecuzione forzata di ogni singola possibile prestazione. Gli effetti di tale esercizio di diritto si risolvono quando il debitore scelga di prestare un bene diverso da quello che il creditore ha conservato od acquistato al suo patrimonio mediante un procedimento surrogatorio.

§ 16. - I PRETESI ELEMENTI IMPEDITIVI DELLA FATTISPECIE.

Oltre ai requisiti finora messi in evidenza, null'altro occorre perchè il potere surrogatorio sorga (1).

Si sostiene talora che determinate circostanze fungano come elementi impeditivi della fattispecie in esame; ma, come si vedrà tra breve, questi spunti dottrinali non trovano conferma nella norma.

Così non si può condividere l'insegnamento secondo cui la presenza di un ufficio, incaricato di amministrare i beni del debitore, precluderebbe al creditore la possibilità di avvalersi dell'art. 2900 (2).

Questa tesi si fondò dapprima sulla supposizione che l'inerzia del debitore fosse irrilevante ai fini del procedimento surrogatorio quando non fosse colposa. In questa forma, il ragionamento non poteva persuadere. Se il debitore inerte è incolpevole, si può sempre aver riguardo alla colpa dell'ufficio che ne amministra i beni. Per arrivare al risultato opposto, bisogne-

---

(1) Sul preteso requisito dell'interesse, vedi § prec.

Se con tale espressione ci si riferisce al generico interesse che sottosta al potere surrogatorio come ad ogni altra situazione giuridica favorevole (diritto, facoltà, ecc.), non se ne può certo negare l'esistenza, ma si tratta di un elemento del potere, e non, della fattispecie. Anche il creditore deve avere un interesse alla prestazione, ma a nessuno verrebbe in mente di menzionare tale interesse nei requisiti delle singole fattispecie costitutive del credito (contratto, delitto, ecc.).

Venendo ad un altro preteso requisito, si è talora affacciata l'idea che il creditore non possa agire in via surrogatoria se nel contempo non esperisce un'azione cautelare od esecutiva (BARASSI, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 983, contra NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 166; cfr. anche CICU, *Obbligazione* cit., p. 99, secondo cui « il creditore è tenuto a dichiarare nella domanda giudiziale se l'azione è proposta a scopo esecutivo o conservativo, e il debitore è autorizzato a provocare una simile dichiarazione per eccepire la mancanza del diritto di procedere esecutivamente o conservativamente »).

Quest'affermazione manca di qualsiasi appoggio nella legge.

(2) Ricadrebbe in quest'ipotesi soprattutto il caso del debitore fallito. Vedi accolta la teoria di cui nel testo da NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 152 e p. 158; per il cod. precedente cfr., nello stesso senso, D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 104; cfr. infine, per diritto francese (ma in forma meno netta), BOSC, *Étude* cit., p. 156 e seg.

rebbe configurare la colpa come un fenomeno così strettamente legato alla persona fisica titolare del patrimonio su cui incide il debito, da escludere ogni responsabilità dello stesso debitore quando i fatti colpevoli siano dovuti agli organi chiamati ad amministrare il patrimonio.

Oggi, mentre gli autori si trovano concordi nell'eliminare il requisito della colpa dalla fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, si continua a negare il potere surrogatorio al creditore del fallito, in quanto la persona preposta all'ufficio di gestione e liquidazione riassumerebbe in sè istituzionalmente tutti i poteri di gestione del patrimonio del debitore.

Questa affermazione è smentita in via diretta dall'art. 102 legge fallim., da cui si desume chiaramente che la legittimazione a proporre l'istanza di revocazione contro crediti ammessi spetta tanto al curatore quanto ad ogni singolo creditore, secondo il criterio della prevenzione (3). Ma, a parte l'azione surrogatoria di cui all'art. 102 legge cit., tutta la procedura fallimentare è imperniata sull'attribuzione ai singoli creditori di poteri individuali, volti non solo alla protezione della sfera giuridica esclusivamente propria, ma anche alla tutela della sfera giuridica del fallimento (potere di contestazione e di osservazione, art. 96, 2° co., ecc.). Da questo quadro emerge abbastanza chiaramente che la legittimazione del curatore a tutelare gli interessi della massa non è così rigorosamente esclusiva da portare come conseguenza una deroga al principio di cui all'art. 2900 cod. civ. (4).

---

(3) Il criterio della prevenzione è richiamato dalla particella disgiuntiva « o », contenuta nella frase « il curatore o qualunque creditore può proporre domanda, ecc. ». Naturalmente, una volta intentata l'azione dal creditore, il curatore può intervenire in giudizio (art. cit., co. 3), perchè il debitore principale può sempre prender parte al giudizio intentato dal creditore contro il terzo. Se invece la domanda è proposta dal curatore, non c'è luogo per un intervento del creditore (arg. dal silenzio dell'art. cit.), conforme al solito criterio per cui, quando il debitore non rimane inerte, manca sia il pericolo sia l'utilità di un esercizio di azioni da parte del creditore.

(4) Sebbene nel nostro campo non si debba sopravvalutare l'importanza dei precedenti storici e della comparazione dei diritti vigenti,

Se questa premessa è esatta, qualsiasi creditore del fallimento potrà, ove a ciò non provveda il curatore, intentare sia contro un terzo sia contro un (preteso) concreditore una revocatoria fallimentare, ed ogni altra azione (5).

Un secondo elemento della nostra fattispecie è stato autorevolmente individuato nel conflitto di interessi fra creditore e debitore (6). La sanzione di questo principio, desumibile dall'art. 1394 cod. civ. per via di estensione, consisterebbe nel duplice potere del debitore, di contestare in via preventiva la legittimazione del creditore, e, in difetto, di ottenere in seguito l'annullamento dell'atto posto in essere dal creditore, salva sempre la pretesa al risarcimento del danno.

Ai nostri fini, il comune concetto di conflitto di interessi fra creditore e debitore è a priori inservibile. L'interesse del creditore è sempre solidale con l'interesse del debitore a che il terzo sia perseguito, mentre è sempre antitetico all'ulteriore interesse del debitore, a che nessun estraneo si ingerisca nella sua sfera patrimoniale

Uno specifico, ulteriore conflitto di interessi fra creditore e debitore si realizzerebbe soltanto nel caso, in cui il creditore avesse a sua volta interessi solidali con quelli del terzo (7). Ma

---

è opportuno ricordare ancora una volta che proprio per il caso di fallimento i diritti di tipo germanico attribuiscono un potere surrogatorio ai singoli creditori senza che sia d'impaccio la presenza dello ufficio incaricato della gestione.

La procedura concursuale è stata del resto la culla del nostro istituto, fin dall'epoca romana postclassica.

(5) Né osterà all'esercizio della revocatoria la lettera degli articoli 66 e sgg. legge cit., che sembra legittimare all'azione il solo curatore; infatti, la legittimazione concorrente dei singoli creditori ha la sua autonoma fonte nell'art. 2900 cit., nè occorre che tale art. venga espressamente richiamato dalla legge ad ogni piè sospinto, dovunque siano menzionati i diritti e le azioni spettanti al debitore.

(6) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 157.

(7) Per l'ipotesi di altri legami (ad es.: se il creditore fosse tutore, pupillo, organo, ecc., del terzo), la situazione arieggerebbe, piuttosto che il conflitto di interessi, di cui all'art. 1394, il conflitto di interessi indiretto (rappresentante unico di entrambe le parti in conflitto), di cui all'art. successivo.

nemmeno a questo caso sarebbe applicabile l'art. 1394 cod. civ. Infatti il rappresentante in senso stretto ha verosimilmente un rigoroso obbligo di fedeltà (8), che la lettera della legge non impone al creditore (9).

Così, il problema si allarga. Se la regola sul conflitto di interessi è ispirata allo stesso fondamento, da cui deriva il dovere di fedeltà del rappresentante nei confronti del rappresentato, bisognerà anche indagare se, e come, il legislatore abbia cautelato il debitore contro ogni infedeltà del creditore.

In difetto di una norma, da cui sia deducibile la repressione dell'infedeltà del creditore in genere, è lecito dubitare che l'art. 1394 (costituente una sanzione legale di questo obbligo di fedeltà) sia applicabile all'atto posto in essere dal creditore ex art. 2900.

Il debitore sarà dunque indifeso contro gli atti dolosi od incauti del creditore?

Prima di rispondere a questa domanda, sarà bene esaminare un'ulteriore ipotesi, in cui la dottrina ha ravvisato talora la presenza di un elemento impeditivo della fattispecie surrogatoria: si è sostenuto da varii autori che, quando il debitore sia incapace, il creditore non può esercitarne i diritti ex art. 2900, tranne chè non intervenga l'autorizzazione degli organi tutelari che sarebbero competenti a consentire l'esperimento degli stessi rimedii al legale rappresentante del minore (10).

---

(8) Dico « verosimilmente », perchè ciò che rende più evidente il dovere di fedeltà è il rapporto sottostante al potere di rappresentanza (cfr. ad es. art. 1710, 1° co., cod. civ., in tema di mandato). Vedi però, per l'allargamento del dovere di fedeltà a tutti i rappresentanti, BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 562. Questo insegnamento è conforme all'opinione comune.

(9) Vedi trattato più a lungo questo problema oltre, § 23. L'opinione contraria risente del vecchio schema che fa del creditore un mandatario ex lege del debitore.

(10) Per tutti NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 148 (limitatamente alla ipotesi di azione di annullamento di contratto, od altre ipotesi similari, in cui il creditore, al momento di agire, opererebbe una scelta fra il vantaggio di trattenere la prestazione ricevuta, ed il vantaggio opposto, di recuperare la prestazione effettuata). Nella dottrina francese cfr. LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 387 (la cui opinione è rimasta isolata).

Contra, la vecchia dottrina italiana (per tutti, BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165, p. 588), tutta la dottrina francese ad eccezione di LAURENT, op. loc. cit., e la giurisprudenza (App. Trani 12 giugno 1899, in *Riv. giur. Trani* 1899, 600, e App. Bari 11 gennaio 1929, mass. in *Foro Puglie* 1929, 127). La Cassazione, a sua volta, ha esattamente deciso che il rappresentante di minori deve munirsi dell'autorizzazione per esercitare il riscatto spettante al debitore dei minori (sent. 23 luglio 1953, n. 2484, in *Foro pad.* 1954, I, 375).

Anche questo insegnamento lascia assai perplessi.

L'apparato di autorizzazioni previsto dagli artt. 320, 374, 375 cod. civ. ha lo scopo di proteggere il patrimonio del minore dall'avventatezza del legale rappresentante, e non, dalle ingerenze di terzi che esercitino poteri loro attribuiti dalla legge.

Forse si dirà in contrario che il creditore procede ex art. 2900 nell'interesse del minore, e che supremo arbitro di questo interesse è l'ufficio tutelare (o, in altri termini, che il creditore opera su rapporti giuridici del minore, e che l'arbitro del modo come questi rapporti devono essere esercitati è l'ufficio). E' facile rispondere, però, che l'art. 2900 contiene precisamente una deroga ai comuni principii sulla legittimazione: ossia, una deroga ai comuni legami che intercorrono fra titolarità di un diritto e potere di esercizio.

Ciò premesso, si può osservare che il caso del dominus, i cui interessi siano in conflitto con quelli del rappresentante, ed il caso del minore, hanno un elemento in comune: nell'una e nell'altra ipotesi, un soggetto si trova esposto (a causa del potere di ingerenza del rappresentante legale o convenzionale nella sua sfera giuridica) ad un particolare pericolo, per cui il legislatore ha intensificato la protezione dei suoi interessi mediante complessi apparati basati su doveri di terzi, invalidità di atti, poteri del giudice, ecc.

Si pone ora il problema: la ratio della norma consiglia all'interprete di estendere questo apparato di protezione al caso in cui il soggetto, esposto ad ingerenze vessatorie, sia il debitore di cui all'art. 2900?

La risposta è negativa, per una ragione abbastanza elemen-

tare: nel conflitto fra debitore e creditore di cui all'art. cit., il creditore può essere sospinto ad ingerenze vessatorie anche fuori dalle due ipotesi del conflitto di interessi e dell'incapacità del minore. Perciò, o si impone al creditore un dovere *generale* di fedeltà, o ci si rassegna all'irrilevanza del conflitto di interessi e dell'incapacità del minore.

Il conflitto di interessi fra creditore e debitore è stato regolato una volta per tutte dall'art. 2900 cod. civ., nè vi è traccia di deroghe al criterio consacrato in tale norma.

Premesse queste constatazioni, si deve aggiungere che il legislatore può tutelare il debitore contro le vessazioni del creditore in modo ben più radicale ed efficace di quanto non avverrebbe attraverso le regole speciali dell'art. 1394 e degli artt. 320, 374 e 375 citt.

Infatti il legislatore, nel configurare i poteri del creditore, può limitarli con due distinti accorgimenti: egli può concedergli il mezzo per nuocere al debitore, salve le contrarie contromisure per ottenere che egli faccia buon uso di questi mezzi (dovere di fedeltà, obbligo di sottostare talune volte ad autorizzazioni giudiziali, obbligo di astenersi dal procedimento quando si trovi in una speciale solidarietà di interessi con il terzo, ecc.). Oppure, egli può sottrarre al creditore qualsiasi mezzo di offesa contro il debitore stesso.

La storia dell'azione surrogatoria, la lettera dell'art. 2900, la logica dell'istituto, mostrano concordemente che nessuna conseguenza dannosa dell'attività del creditore ricade sulle spalle del debitore (su ciò vedi oltre, § 21): in altre parole, la norma dispone in modo rigido che il creditore non possa nuocere al debitore, e rende perfettamente inutile il più complesso meccanismo fondato sui controlli giudiziarii e sui doveri di fedeltà. Se queste affermazioni sono esatte, il debitore non ha da temere nè lo spirito di emulazione del creditore, nè le sue collusioni con il terzo, nè, a maggior ragione, la sua solidarietà di interessi con il terzo.

§ 17. - L'AUTONOMIA NEGOZIALE E LA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2900.

In sede dottrinale è stato posto il problema, se la volontà delle parti possa estendere (o ridurre) il campo di applicazione del procedimento surrogatorio subordinando l'acquisto del potere da parte del creditore ad un ulteriore numero di requisiti, non richiesti dalla legge (o, viceversa, riducendo questi requisiti: ad es., configurando in modo diverso da quello legale il requisito del pericolo) (1).

Giova premettere una considerazione.

E' possibile raggiungere risultati analoghi alla cosiddetta surrogazione mediante una procura, generale o speciale, irrevocabile, condizionata allo stato di potenziale insolvenza del debitore (2); per cui, ove si escluda il conferimento negoziale del potere surrogatorio, l'atto in cui le parti manifestino la volontà

---

(1) In Francia si è preferita la soluzione favorevole all'autonomia, in base a due argomenti: che l'art. 1166 code Nap. non è di ordine pubblico; e che l'art. 1446, 1° co., stesso cod., subordina il potere dei creditori della donna coniugata, di chiedere la separazione dei beni, al consenso della debitrice (così PLANIOL, RIPERT, e ESMEIN, *Obligations* cit., n. 904 a p. 214). Un ragionamento affine si trova in qualche autore italiano (CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 61, appoggiandosi all'art. 1423 cod. civ. 1865 — oggi art. 205 cod. civ. 1942 —, che costituiva l'esatta traduzione dell'art. 1446 cit. code Nap.). Contro la natura surrogatoria del rimedio di cui all'art. 1423 cit. si è pronunciato il D'AVANZO, in base alla discutibile argomentazione che, se la donna dà il consenso all'azione dei creditori, cessa l'inerzia (*Surrogatoria* cit., p. 156). Con questo ragionamento, qualsiasi debitore potrebbe impedire l'esercizio in via surrogatoria dei suoi diritti proprio con il mezzo, assai semplice, di consentire ai creditori l'uso di tale rimedio.

(2) Non sembra che osti alla possibilità di una procura con questo oggetto il principio (elaborato dalla dottrina processualistica italiana in sede di interpretazione dell'art. 77 cod. proc. civ.: ANDRIOLI, *Commento* cit., sub art. cit.) secondo cui « non è ammessa la rappresentanza volontaria limitata agli atti processuali ma essa può essere conferita solamente a chi gerisca in pari tempo negozi e compia attività di natura sostanziale in nome del rappresentato »; infatti, una procura ad esercitare i diritti del debitore avrebbe un doppio contenuto processuale e sostanziale.

di attribuire al creditore quel determinato potere si convertirà in una procura irrevocabile del tipo sopra descritto.

In base alla procura, peraltro, il creditore che agisca giudizialmente contro il terzo non sarebbe tenuto a chiamare in causa il debitore; inoltre gli oneri del giudizio, e gli obblighi di restituzione derivanti da una sentenza di annullamento, ecc., verrebbero accollati al debitore (mentre, come si vedrà a suo tempo, verrebbero accollati al creditore se questi agisse in via surrogatoria).

Pertanto, la conversione del negozio attributivo di potere surrogatorio in una procura sarebbe solo parziale (3).

Residua dunque una certa importanza della questione di principio, se il potere surrogatorio possa essere costituito (od ampliato) negozialmente.

Anche più importante può apparire l'ipotesi opposta: in cui il creditore abbia rinunciato, di fronte al debitore, al suo potere surrogatorio. Sembra che un impegno del creditore, di non procedere in via surrogatoria, lo vincolerebbe di fronte al debitore (4): ma resta da vedere se tale patto renda inefficace l'eventuale atto compiuto dal creditore in violazione della parola data (o, per dirla in altri termini, se il patto di non procedere crei semplicemente un vincolo obbligatorio fra le parti, o determini un effetto anche verso i terzi).

Prima di rispondere, si può ricordare che il potere surrogatorio ha un doppio campo di azione, privatistico e processualistico, e che i fenomeni processuali sono regolati in più larga misura da norme di ordine pubblico. A questa prima contrap-

---

(3) Tutto diverrebbe semplice se il nostro diritto ammettesse il mandato senza procura al giudizio, ed agli atti destinati ad essere efficaci sul patrimonio del mandante. Oltre (capitolo IV) si vedrà quali siano le interferenze concettuali fra le categorie del mandato con e senza rappresentanza, della sostituzione processuale, ecc. Sembra comunque che il potere di condurre un processo sulla sfera altrui non possa derivare se non da una procura (che vincolerà il soggetto del potere alla spendita del nome altrui) o da una sostituzione processuale (che non può avere origine negoziale).

(4) Infatti, non lederebbe alcun principio di ordine pubblico, e corrispoderebbe ad un interesse serio ed apprezzabile del debitore.

posizione se ne potrebbe aggiungere una seconda, osservando che il creditore, il quale abdichi al potere surrogatorio, fa danno soprattutto a sè, per cui sembrerebbe logico riconoscere l'efficacia di tale rinuncia (semprechè vi consenta il debitore); mentre la soluzione ispirata al principio dell'autonomia contrattuale apparirebbe meno motivata, quando si tratti di una riduzione pattizia degli elementi della fattispecie: qui il terzo — vero controinteressato agli effetti di un tale negozio — avrebbe motivo di invocare a proprio favore i naturali limiti che il principio di autonomia negoziale incontra, quando siano in gioco diritti o doveri di soggetti estranei all'atto.

Gli argomenti finora enumerati in favore dell'una o dell'altra conclusione proposta per le varie ipotesi dianzi accennate sono però alquanto empirici, e nessuno di essi può vantare il suffragio di un testo legislativo.

In questa situazione di incertezza, non resta all'interprete altra arma che quella, delicatissima, additata come extrema ratio dall'art. 12, 2° co., delle preleggi: il ricorso ai principii generali, e, propriamente, al principio che definisce l'ambito massimo del potere di disposizione dei privati, e dell'autonomia negoziale.

Prima ancora di formulare questo principio, e di applicarlo al caso in esame, ricorderò quale sia lo schema del potere di procedere in via surrogatoria: con l'enunciazione di questo potere, si suole asserire che ad un comportamento del creditore si riconnette una certa conseguenza nel patrimonio del debitore. Il fenomeno consiste in un nesso causale fra una certa fattispecie (atto del creditore) ed una certa conseguenza. La fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio attribuisce ad un ulteriore fatto un'efficacia, di cui esso normalmente sarebbe sprovvisto (5).

Ciò premesso, il problema da affrontare può essere presentato così: nel silenzio del codice, o nel dubbio, è concesso a privati di togliere all'atto di un creditore, che per legge sarebbe

---

(5) Vedi illustrata tale categoria in ALLARA, *Teoria vicende* cit., p. 99, e altrove.

efficace verso il debitore e verso il terzo, questo suo carattere? o, viceversa, sarebbe loro concesso di attribuire questa forza ad un atto, che legalmente ne è sfornito?

Il problema è grave; esso non involge soltanto questo o quel caso di negozio, ma inquadra una questione di principio. Inoltre il problema, così presentato, non pone l'accento sulla cogenza *della norma* (e sulla natura pubblica o privata degli interessi sottostanti), ma, viceversa, sulla idoneità di una data fattispecie a provocare determinati effetti.

Per quanto riguarda la fattispecie negoziale, i limiti dell'efficacia della stessa si estendono fino alla massima espansione della cosiddetta autonomia negoziale. In dottrina si trova autorevolmente affermato che la fattispecie negoziale opera normalmente costituendo, modificando ed estinguendo rapporti giuridici patrimoniali (6).

Fuori di tale ambito, l'autonomia negoziale giocherebbe soltanto là, dove il legislatore lo dice *tassativamente* (7).

Così ad es. avviene che le parti possano modificare la forma di un contratto, rendendola più rigorosa di quanto non prescrive la legge (8), oppure, possono sancire la non alienabilità reale di taluni diritti (art. 980 cod. civ.); ma in questi settori, dove il negozio ha l'effetto di togliere ad una fattispecie (contratto stipulato nella forma legale ma senza la forma convenzionale, atto di alienazione di taluni diritti) l'efficacia che per legge le competerebbe, l'autonomia privata troverebbe il suo fondamento soltanto in una speciale disposizione legale (9).

---

(6) Cfr. BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 45: « L'autonomia... viene riconosciuta... quale attività creativa, modificativa ed estintiva di rapporti giuridici fra privato e privato »; vedi anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli 1947, p. 57: « Il privato non può creare... lo strumento per la regolamentazione giuridica dei proprî affari o interessi ».

(7) Cfr. ALLARA, *Teoria vicende* cit., p. 99.

(8) Art. 1352 cod. civ.; oltre ad ALLARA, op. loc. cit., vede in questo fenomeno un ampliamento dell'autonomia privata GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova 1949, p. 18 e sgg.

(9) Cfr. gli esempî in ALLARA, op. loc. cit., e anche in *Teoria generale del contratto*, dello stesso aut., 2ª ed., Torino 1955, lit., passim.

E' chiaro che, se è esatta la teoria accennata (la quale, a prima vista, risponde alle linee generali del nostro sistema positivo), si deve propendere per l'affermazione che i negozî privati non possono subordinare il potere surrogatorio a requisiti diversi da quelli legali, nè possono ridurre il numero di presupposti, che la legge ha fissato per l'acquisto, da parte del creditore, della legittimazione di cui all'art. 2900 cod. civ.

§ 18. - IL PRETESO POTERE SURROGATORIO DERIVANTE DA FATTISPECIE ATIPICHE.

Ammesso che la volontà dei privati non possa modificare la fattispecie legale che dà vita al potere surrogatorio, non si è ancora detto nulla su un diverso problema, che può formularsi così: se dove la legge concede eccezionalmente al creditore, indipendentemente dal requisito del pericolo, il potere di esercitare in via indiretta i diritti o le azioni spettanti al debitore contro un terzo, e là dove la legge conceda ad un soggetto diverso dal creditore il potere di esercitare i diritti o le azioni spettanti ad altri contro un terzo, si possa ancora dire che il titolare del potere agisca in via surrogatoria; con la conseguente applicabilità in via diretta (e non meramente analogica) a tali casi dell'art. 2900 cod. civ.

La dottrina sembra propendere per l'assorbimento di questi casi di esercizio del diritto altrui nella figura del procedimento surrogatorio.

Così ad esempio è stato autorevolmente affermato che là dove sia minacciato il bene, su cui grava una garanzia reale speciale, il creditore può esercitare in via surrogatoria i diritti del debitore su tale bene; e, in modo più lato, che il titolare di un diritto reale limitato sulla cosa può, almeno quando sia avente causa dal proprietario, esercitare i diritti spettanti a quest'ultimo verso i terzi, se l'esercizio di questi diritti è necessario per difendere la posizione del titolare dello ius in re aliena. Tali principi sarebbero manifestati negli artt. 2789 e 1012 cod. civ. A queste forme di azione surrogatoria darebbe vita una fattispecie